

不能犯論の予備的考察

——わが国における不能犯論の現状分析を中心に——

奥村正雄

- 一 問題の所在と本稿の目的
- 二 具体的危険説の判断基準
- 三 具体的危険説の修正論
- 四 純客観説の見解の判断基準
- 五 判例
- 六 むすび

一 問題の所在と本稿の目的

一 不能犯とは、外見上、行為が一応実行の着手ないし終了の段階に達したとみられるような場合でも、その行為の手段または客体の性質上、結果発生の危険性がおよそないとみなされる場合には、未遂犯として処罰しないものをいう。わが現行刑法は、第四三条で未遂犯を「犯罪ノ実行ニ着手シ之ヲ遂ケサル

者ハ……」と規定しているが、不能犯規定を設けていない。また、改正刑法草案は、第二五条で「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、未遂犯としてはこれを処罰しない」という規定を設けているが、抽象的規定であるため、これだけでは何をもって不能犯とするかの判断基準は明らかでない⁽¹⁾。従って、「およそ不能」とは何か、すなわち不能犯と未遂犯の限界基準が明確にされる必要がある。

不能犯と未遂犯との境界の画定は、危険性の判断基準を何に求めるかによって解決されるが、何を未遂犯として処罰し、不能犯として不可罰とするかは、刑法の基本的観点や未遂の処罰根拠の問題と密接不可分の関係にある。⁽²⁾そのため、近代刑法学の成立以来、不能犯について様々な危険判断の基準が示されてきた。⁽³⁾もっともわが国では、こんにち、主観説と客観説との先鋭な対立現象はみられず、一部の学説を除いて主観説は後退し、判例・学説とも具体的危険説の線では固まりつつあり、不能犯論はもはや「解決済み」の問題であるかのようにみえる。

しかるに、最近の違法性における行為無価値論と結果無価値論との論争は、⁽⁶⁾不能犯論にも及ぶようになった。すなわち、行為無価値論の一般化にもなって、⁽⁷⁾具体的危険説が通説となったが、⁽⁷⁾行為無価値論じたいに反省が加えられるにつれて、⁽⁷⁾純客観的な法益の侵害ないし危殆化のみを刑法上問題にすべきだとする結果無価値一元論の立場から通説に対する批判が行なわれ、⁽⁸⁾具体的危険説の修正ないし純客観説の見直し⁽⁹⁾が行なわれつつある。批判の内容の骨子は、⁽⁸⁾具体的危険説が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はないか、⁽⁹⁾従って、真に客観説の名に値するか、⁽⁹⁾というものである。具体的危険説とは、「事後になって知られた一切の事情を危険性判断の資料として援用することを

排し、事前において一般社会人なら認識しえたであろう事情（共同主観）に、行為者本人がとくに知っていた事情をも加えて危険性判断の資料とする」⁽¹⁰⁾ものであり、事前判断と行為者主観の考慮を特徴とする。これに対する批判は、次の三点に集約される。第一に、行為当時一般人が容易に認識しえないような事情がある場合、行為者本人が認識した事情と同じものが判断の対象となるから抽象的危険説と同じ結論になり、行為者と一般人の認識事情がずれた場合、そのいずれを優越させるか不明確であるばかりか、行為者がとくに認識した事情を無視することは、⁽¹¹⁾具体的危険説からは理論的に困難ではないか、⁽¹²⁾第二に、⁽¹³⁾とくに客体の不能について、行為者が自己の財物を他人の財物と誤信して窃取する行為を定型的危険性なしとみなすのは、⁽¹⁴⁾すでに事後的判断が介入しているのではないか、⁽¹⁵⁾第三に、主体の不能の一律的な不可罰性の説明が困難ではないかと批判される。⁽¹⁶⁾

もっとも、行為者主観の考慮の点に関しては、批判論の内部でも見解が分かれ、結果無価値論の立場も、一般に危険判断に際しては、⁽¹⁷⁾行為者主観の考慮が必要だとする。いいかえれば、未遂の故意を主観的違法要素でないとする見解は、⁽¹⁸⁾結果無価値論の立場でもわずかにすぎない。従って、未遂の故意が主観的違法要素かどうか、⁽¹⁹⁾はたして行為の法益に対する客観的可能性判断に行為者主観を考慮する必要性があるのかを明らかにすべ

きである。

二 以上のような通説に対する批判に対して、通説の立場から反批判が⁽¹¹⁾加えられるにおよび、こんにち、客観説内部での不能犯論争が再燃しつつあるといえる。問題の焦点は、不能犯論における危険判断の基準にあるといえるが、これら近年の動きは、通説の危険概念とその判断基準に検討の余地があることを示唆するものといえよう。

本稿では、不能犯と未遂犯との限界を画する妥当な判断基準を求めため、その予備的作業として行為の客観的危険性といわれる「危険」の内容について、第一に事前か、事後かという判断時点の問題、第二に行爲者主観の考慮の必要性の是非をめぐる問題を中心に、具体的危険説およびその修正論と純客観説への復帰を目指すと思われる見解を批判的に検討し、わが国における不能犯論の現状分析を目的とする。

ちなみに、ここでは実質的判断基準の確立が主題となるため、未遂の処罰範囲を形式的に画定する構成要件欠缺論の検討は行なわ⁽¹²⁾ない。

(1) 法制審議会は、具体的にどのような場合に不能犯を認めるかは、今後における判例・学説の発展に待つところが大きいと説明している。法務省刑事局編・改正刑法草案の解説(昭五〇)七〇頁。

なお、大谷実「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(昭四二)四九頁以下、内藤謙・刑法改正と犯罪

論(昭四九)一九頁参照。

(2) 大沼邦弘「未遂犯の実質的処罰根拠」上智法学論集一八巻一号(昭四九)六三頁以下参照。

(3) 不能犯論の学説史については、西山教授の労作がある。西山富夫「不能犯の理論」法政研究二一巻一号(昭二八)七一頁以下、「わが国における刑法思想の発展と不能犯」同二一巻三・四号(昭二九)二六七頁以下、「黎明期の不能犯判例史」名城法学二〇周年記念論文集法学編(昭四二)五四頁以下、「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」名城法学一九巻三・四合併号(昭四五)一頁以下、「ドイツ刑法思想の発展と未遂不能犯(一)・(二)・(三)」同四巻二号(昭二九)一頁以下、四巻三・四合併号(昭二九)二六頁以下、五巻二号(昭三〇)一五頁以下。ほかに、小野清一郎「刑法総則草案に於ける未遂犯及び不能犯」犯罪構成要件の理論(昭二八)二七七頁以下所収などがある。

(4) 純主観説を採用する論者として、荘子邦雄・刑法総論(昭四八)六二九頁。抽象的危険説を採用する論者として、木村亀二・阿部純二増補刑法総論「増補版」(昭五三)三五六頁、岡野光雄「不能犯」下村「八木編・刑法総論(昭四八)三〇八―三一〇頁。

(5) 大沼邦弘・前掲論文六三頁。

(6) 内藤謙「結果無価値と行為無価値」法学教室4(昭四九)一一〇頁、同「違法性における行為無価値論と結果無価値論」中編・論争刑法(昭五一)三四頁以下、板倉宏「違法性における行為無価値論と結果無価値論」中編・論争刑法一九頁以下。「特集、結果無価値・行為無価値」Law School, No. 23(昭五五)四頁以下。

(7) 大谷実「不能犯」中編・論争刑法一三三頁、中山研一・口述刑法総論(昭五三)三八六頁。

(8) 平野竜一・刑法の基礎②法学セミナー一三九号(昭四四)四七一四九頁、同・刑法総論Ⅱ(昭五〇)三三〇頁以下、大沼邦弘・前掲論文一一三頁。

(9) 大谷実・前掲論文、中編・論争刑法一三二頁以下、同「不能犯(再論)」同志社法学二五三号(昭五三)二五頁以下、中山研一・刑法総論の基本問題(昭四九)二二二頁、二三六頁、同・口述刑法総論三七八頁以下、井上祐司「不能犯」法学セミナー二五九号(昭五一)一〇二—一〇五頁、内田文昭・刑法Ⅰ(総論)(昭五二)二五二—二五六頁。

(10) 中義勝・「不能犯」同編・論争刑法二一五頁。

(11) 中義勝・前掲論文、同編・論争刑法一四頁以下。

(12) 構成要件欠缺論の再興を試みるものとして、大沼邦弘「構成要件の欠缺と可罰未遂の限界」(一)、(二)完「成城法学」(昭五三)三二頁以下、同2(昭五三)五九頁以下、同7(昭五五)六九頁以下がある。

二 具体的危険説の判断基準

一 具体的危険説の判断基準は、「事後予測」(nachträglicher Prognose)として、判断者自身が実行行為の瞬間に戻り、一般的に認識できた事情および行為者がとくに認識した事情を考慮して、結果発生の可能性を問う(事前判断 Beurteilung ex ante)というものであり、行為後にはじめて発覚した諸事情を考慮してはならない(事後判断 Beurteilung ex post の否定)とされる。ここで、危険判断が、事前の行為者主観を考慮した

判断でなければならないとされるのはなぜか。その理由は、一般に、具体的危険説が因果関係論における折衷的相当因果関係説と同様の思考態度に基づくところに求められている⁽¹⁾。折衷的相当因果関係説も、行為時に行為者および通常人が知りえた事情を判断基底に据えて、一般人の立場からの経験的知識に照らして、当該行為の結果発生の可能性、蓋然性判断を行なうもので、判断時点・判断主体・判断資料の点で具体的危険説と共通した側面を有するからである。しかし、未遂犯は危険犯であることが一般に認められている⁽²⁾。従って、因果関係論と危険犯における危険概念論とは、「前者が、行為と結果との間の因果的結合を、すなわち、合法的条件関係の確定と相当性判断とを内容とする客観的帰責を本質とするのに対して、後者は、客観的に存在する状況の将来的展開の予測を本質とする⁽³⁾」点で異なるといえよう。

危険判断で事前判断が要求される理由は、「結果発生の可能性判断においては、条件間の因果価値を区別する相当の因果性が問題になっているのであって、具体的な結果の実現は問題にしていない。その行為が、結果に対して相当であるか否か、すなわちその行為のもっている相当の質が問題になっているのだから、事後の諸事実は判断の要素となり得ない⁽⁴⁾」ところに求められる。わが国の具体的危険説の論者は、必ずしも明言して

いるわけではないが、事前判断を要求する理由を右の点に求めていることは疑いない。事後判断は、すべてを知悉している者の眼から見れば、結果の発生は客観的に当初から不能であったために不発生に終わったにすぎず、一切の未遂はすべて不能犯⁽⁵⁾だとする超法規的帰結を甘受せざるをえなくなるともいわれる。

次に、行為者主観を考慮するのはなぜか。折衷的相当因果関係説では、行為者にも一般人にも予見不可能な事情(結果的加重犯における非常規的な加重結果)は偶然のものとして、相当性判断の対象から除外するが、行為者がその偶然の事情を知りつつ利用したような場合(たとえば被害者が血友病患者であること⁽⁶⁾を知りつつ軽傷害を負わせ、死に致らせた場合)には因果関係を肯定する。これに対し、具体的危険説で行為者主観を考慮する理由は、つねに結果の発生しない未遂犯においては、行為者の主観的事情(故意・行為計画など)を考慮しないと実行行為の認定が困難だとする点にある。すなわち未遂の故意は主観的違法要素であること、さらにそれを考慮することによって、行為者にも一般人にも予見不可能な事情があっても(たとえば青酸カリのびんのなかに砂糖が入っていたため、殺害しえなかったような場合)結果発生の可能性を認める必要が生ずるから、折衷的相当因果関係説とは、行為者主観を考慮する必要性の意味は同じでない。従って、具体的危険説と折衷的相当因果関

係説の判断構造は同様の理論的基礎に立つという見解は、必ずしも正しいとはいえない⁽⁷⁾。このことは、通説の判断構造がいまだ明確にされたとはいいがたいことを意味する。

いずれにせよ、通説は、実害の発生の危険性だけではなく、結果惹起へ向けられた行為者に特有の意思的態度などの行為無価値を合わせ考慮することによって、結果発生の客観的危険性が判断できるとする。なお、具体的危険説の判断構造の特徴は、定型説にもあてはまる。定型説における定型的な危険の有無を判断する基準が、具体的危険説の判断基準と実質的差異がほとんどないことは、すでに指摘されているところであるから、本稿では、定型説を具体的危険説と同様のものとみなして検討する。

通説の判断基準は、客観説に立脚するものといわれるが、では、はたしてそう呼ぶにふさわしいものであろうか。

(1) 田藤重光・刑法綱要総論(改訂版)(昭五四)一五一頁、大塚仁・刑法概説総論(昭四九)一八二頁、中義勝・刑法総論(昭五〇)二〇四頁、同・講述犯罪総論(昭五五)一九七頁。

(2) 抽象的危険犯と解する立場として、小野清一郎・新訂刑法講義総論(昭三一)一八四頁、西山富夫「不能犯問題の現状とその解決」名城法学一一卷二・三・四合併号(昭三六)三六頁。具体的危険犯と解する立場として、平野竜一・刑法総論Ⅱ三三三頁、大谷実・前掲論文、同志社法学一五三号三五頁等。

(3) 岡本勝『抽象的危険犯』の問題性」法学三八卷二号(昭四九)五九頁。

(4) 宮内裕「危険概念について」滝川還曆記念・現代刑法学の課題(昭三〇)七五七頁。なお、岡本勝・前掲論文六二頁参照。ラー
トブルッフは、可能性判断、危険判断の客観性につき「可能性判断は、全条件を認識して判断の基準とするもの(存在論的知識は完全)には与えられない。従って、可能性判断は事情を部分的に認識している場合、事情を完全に知ってはいるが個々の事実を捨象しており、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」と述べる。Vgl. G. Radbruch, Die Lehre von adäquaten Verursachung, 1902, S. 11.

(5) 中義勝・前掲書一九七頁、同・論争刑法二二〇頁。なお、ヒッペルは、事後判断否定の理由を、事後判断が具体的危険性ではなく、抽象的危険性の基準であるからとしている。Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, All. Teil, 1830, S. 427.

(6) 中山研一・刑法総論の基本問題四八頁、同・口述刑法総論八八頁。

(7) 平野教授は、定型説の判断基準と折衷的相当因果関係説の関係につき、「同じような判断基準は、因果関係折衷説でも用いられるが、因果関係の場合は『存在する』事実のうちのどれを判断の基礎にするかという問題であるが、不能犯は『存在する』事実のなかのどれを判断基礎とするかの問題であるから、同一基準を用いることには疑問がある」とされる。平野竜一・刑法総論II三二五頁。

(8) 佐伯千仞・改訂刑法講義総論(昭四九)三一四頁注(2)、莊子邦雄・前掲書六二六頁注(9)。

不能犯論の予備的考察

二 具体的危険説に対しては、第一に、行為当時、一般人が容易に認識しえないような事情がある場合、行為者本人が認識した事情と同じものが危険判断の対象となるから、具体的危険説は抽象的危険説と全く同じ結論になり、第二に、行為者の認識した事情と一般人の認識しえた事情とがずれた場合、そのいずれを優越させるのか不明確であり、また行為者のとくに認識した事情を無視することは、具体的危険説からは理論的に困難であると批判がある。

第一点では、次の事例が考えられる。たとえば殺人の目的で青酸カリをみそ汁に混入して相手方に飲ませようとしたところ、ビンを取り違えて全く無害の粉末を混入したために殺害目的を遂げられなかった場合である。この事例で、行為者がビンを取り違えて全く無害の粉末を混入した事情を、一般人が行為当時容易に見抜けなかった場合にどう解決すべきか。抽象的危険説では、行為者の意思ないし行為計画に基づいて、計画がそのとおり実現されれば計画した危険であるから殺人未遂が成立すると解される。抽象的危険説は、意思の法秩序に対する危険性を未遂の処罰根拠とするからである。具体的危険説では、「混和した物質を青酸カリと信じていることが一般に嗤うべきナンセンスだと解せられないかぎり、やはり社会の一般人はそこに危険を感じるのが通常であろう」として殺人未遂が成立すると解さ

れる。ここでは、明らかに行為計画したいの危険性が問題とされておき、抽象的危険説と全く同じ帰結が示されている。これに対して、大谷教授は、後述するように、純客観説的立場から、そのような行為は「どのような犯罪意思にもとづくにせよ、事後的にみれば結果発生の危険がないだけでなく、一般人も具体的な行為についていえば、なんらの脅威も感じられない性質の行為」であるから、その処罰は法益侵害の危険性ではなく、行為の反社会性、反倫理性に向けられたものとされる。⁽¹⁰⁾ なぜなら、具体的危険説は行為のもつ法益侵害の可能性を問題とするにもかかわらず、右の事例では結果無価値的要素が捨象され、行為無価値のみが残るという理由からである。通説が、結果無価値とともに行為無価値を処罰する見地に立つにせよ、結果無価値を第一次的とする以上、⁽¹¹⁾ 右の事例に殺人未遂を認めることには問題があるとしなければならぬ。⁽¹²⁾ 従って、右の事例を不可罰にするためには、事後的事情を考慮するか、⁽¹³⁾ 少くとも行為者主観を排除するかのいずれかであるといわれる。後にみる具体的危険説の修正論は、事後的事情の考慮ないし行為者主観の排除によって、右の事例について不能犯を認めている。このことは、通説が場合により結果無価値を切り捨てることがありうることを物語るといえよう。

(9) 中義勝・前掲論文、同編・論争刑法一二二―一二三頁。
 (10) 大谷実・前掲論文、論争刑法一四一頁。なお、同「犯罪論の構造」大谷リ宮沢編・刑法総論(昭五二)七四頁。

(11) 福田平二・大塚仁・刑法総論(昭五四)一九頁、藤木英雄・刑法講義(総論)(昭五〇)七七頁。

(12) 客体の不能についても、たとえば人形とか木の切株を人と取違えて発砲した場合、事前から判断して、取違えたことが啗うべきナンセンスだと解されないかぎり、殺人未遂が成立することになる。しかし、ここで保護すべき人の生命という法益が存在するとみなすのは結果無価値を第一次的とする思考から逸脱している。

(13) 中山研一・口述刑法総論三八九頁。

三 では、行為者と一般人の認識事情がずれた場合ではどうであろうか。木村(亀)博士は、かつて抽象的危険説の立場から、通説では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不明確であると批判された。⁽¹⁴⁾ 抽象的危険説を否定する以上、具体的危険説はつねに行為者の認識した事情を一般人の認識しえた事情で制限するのになければ真に客観説たりえないはずであるが、⁽¹⁵⁾ 具体的危険説は一般人判断をつねに優越させているとはかぎらない。たとえば、リストは、両方の認識事情を同一条件に置き、いずれを優越させるかを明確にしなかったため、危険判断の資料としてむしろ行為者の主観的事情が重視され、⁽¹⁶⁾ 実際の適用上、判例の主観説の立場と径庭がないことが自認されていた。その後、リストの後継者は一般

人判断を優越させる立場と行為者主観を優越させる立場に分岐したが、やがて後者の立場から抽象的危険説がうまれたのである。⁽¹⁷⁾ わが国では、泉二博士が一般人判断を優越させる立場を採られていたが、⁽¹⁸⁾ こんにちの通説は、両認識事情のいずれを優越させるかについては、はなはだ曖昧であるといわざるをえない。もっとも、たとえば先の無害の粉末による毒殺の事例につき、行為者がビンを取り違えたことを一般人が容易に見抜ける場合は、通説によれば、行為計画じたいは危険であるが一般人は危険を感じないから不能犯が認められるので、一般人判断を優越させているといえる。しかし、それが認められるならば、中山教授の指摘どおり、⁽¹⁹⁾ 行為者の主観や計画を考慮に入れなければならぬ理由と実益はどこにも見出せないと思う。すなわち、事前の一般人判断によって当該行為の危険性がないとされる以上、行為計画じたいの危険性を考慮する必要性は之しいのではないか。もっとも、通説は、行為者が何を意図したかを問わなければ、未遂の実行行為の認定が困難であるという見地から、未遂の故意を主観的違法要素と解するから、中山教授がいわれるように、⁽²⁰⁾ 行為計画の排除と無視は、通説では困難である。故意を未遂の主観的違法要素と解するかぎり、行為計画が違法判断を左右することは否定できないであろう。

ところで、実際に問題となるのは、行為計画がかなり危険な

不能犯論の子備的考察

場合に限定されよう。危険な計画が行為者の誤信によって実現不能になった場合、行為者も普通の能力を備えた者であるかぎり、そもそも、行為者の誤信した事情というのは、一般人においても誤信しうる事情といえるのではないかと思われる。大谷教授は、想像妊娠者に対する墮胎の事例を挙げられ、通説によれば、一般人は、腹部肥大という事情によって妊娠と考え、墮胎の危険を感じさせる行為とするが、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、結局、「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」⁽²¹⁾といわれる。こうみてくると、具体的危険説は、一般人の認識しえた事情を前提としながら、それが行為者のとくに認識した事情によって制約される判断構造を有することになるから、具体的危険説の判断基準は、抽象的危険説のそれとほとんど実質的差違がないといつてよい。⁽²²⁾

(14) 木村亀二「阿部純二・前掲書三五四頁。

(15) 青柳文雄・刑法通論I総論(昭四五)一四〇頁。中山研一・刑法総論の基本問題三三三頁。なお、斎藤助教授は、具体的危険説の本来の考え方を徹底すると、行為者の正しく認識した事情のほか、一般人の正しく、あるいは誤って認識するであろう事情を基礎とするから、場合によっては抽象的危険説よりかえって広く未遂罪の成立を認めることにもなりえようとされる。斎藤信治「不

能犯とその基準」藤木編・刑法の争点(昭五二)一〇三頁。

- (9) Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 23. Aufl., 1921, S. 209. もともと一九版に於てその説明はされつゝなご。Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 19. Aufl., 1912, S. 214.

- (17) 一般人判断を優越させた者として、Kriegsmann, Wahverbrechen und untauglicher Versuch, 1904, S. 24, Hippel, a. a. O., S. 427 ff. 行為者主観を優越させた者として、Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, 1904, S. 297 ff. なお西山富夫・前掲論文、名城法学一五巻一号一八頁、大沼邦弘・前掲論文八四頁注(4)参照。

- (18) 泉二新態・日本刑法論上巻(総論)(大一二)五四一頁。

- (19) 中山研一・刑法総論の基本問題二二三頁。

- (20) 中山研一・口述刑法総論三八五頁。

- (21) 大谷実・前掲論文、同志社法学一五三号二八一―二九頁。

- (22) 西原教授は、抽象的危険説から具体的危険説に改説されたが、実質的意味はないと思う。西原春夫・刑法総論(昭四三)二二二―二二三頁、同・刑法総論(昭五二)三〇一―三〇二頁。

四 次に、自己の財物を他人の財物と誤信して窃取する行為を不可罰とするのは、事後判断が入り込んでいるという批判は⁽²³⁾どうか。

自己の財物に対する窃盗行為を不可罰とするのは、主に定型説の立場から主張されている。⁽²⁴⁾「構成要件の定型がそれにかかっているところの本質的な構成要件要素が欠け、そのために実

行行為としての定型性がみとめられない」という理由に基づく。⁽²⁵⁾

すなわち、一般に客体の不能の場合には、客体の不存在は基本的構成要件の修正形式としての未遂犯の実行行為の確定にとつて影響がない、いいかえれば客体の存在は未遂の本質的な構成要件要素でないが、自己の財物に対する窃盗行為の場合には、「物の他人性」という窃盗罪の本質的な構成要件要素が欠ける

ので、本来、構成要件の結果を実現する定型的危険性がないというわけである。しかし、この定型説の結論は、事後判断が入らなければ引き出せないのではなからうか。自分の傘を他人の傘と誤信して持ち去ったところ、自分の傘であったことが判明したという場合、自分の傘であることが判明するのは、明らかに行為後の事情だからである。事後判断は、定型説が実質において具体的危険説と同様の判断基準をとるかぎり、否定されねばならないはずである。従って、定型説は空ポケットに対するスリの例を定型性ありとし、自己の財物に対する窃取の例を定型性なしとするが、後者も、事前判断に立つかぎり、「定型的危険」ありとしているのではないかという批判⁽²⁶⁾を受けなければならぬ。確かに、自己の財物に対する窃盗行為の場合は、「客体」は存在するが、「物の他人性」を欠くという点で、空ポケットに対するスリとは質的な相違があるようにもみえる。しかしそれなら、死体に対する殺人未遂の場合でも、「客体」

は存在するが、殺人罪で要求される「人」が欠けるわけであり、自己の財物に対する窃盗行為の場合と質的相違はあまりみられない。そもそも、構成要件要素を、本質的なものと非本質的なものとに区別することじたい、合理的理由に乏しいといえるであらう⁽²⁷⁾。従って、事前の一般人の観察によって、自分の傘を他人の傘と誤信したことが経験則上一般にありうると判断されれば、窃盗未遂を認めざるをえず、もしこれを否定するならば、事後判断を認めたことになるとの批判は正しい。

さらに自己の財物に対する窃盗行為を一律に不可罰にするのかどうか、定型説では必ずしも明らかでない。たとえば、傘立てに一本の傘しかなかった場合には、自分の傘であることが判明すれば定型説でも不可罰性は容易に認められよう。しかし、傘立てに二本の傘があり、そのうち一本が自分のもので他方が他人のものである事情を知らない行為者が、二本とも他人の傘と誤信してそのうち一本を持ち去ったところ、自分の傘であったことが判明した場合にも定型的危険性がないとするのか、あるいはこの場合は他人の傘を窃取する可能性を認めて窃盗未遂とするのかが明らかでない⁽²⁸⁾。定型説における以上の問題を解決するためには事前的立場の修正が必要である。そもそも定型説によるかぎり、「一定の存在する行為事実に対し、不能未遂になるかどうかという判断を構成要件的定型を基準としてなす

上、それは『事後的』判断にならざるを得ない⁽²⁹⁾』ということにならう。

(23) 中山研一・刑法総論の基本問題二二六頁、同・口述刑法総論三九〇頁。

(24) 団藤重光・前掲書一四九頁注(2)、大塚仁・前掲書一八五頁、福田平・新版刑法総論(昭五一)一八四頁。

(25) 団藤重光・前掲書一四九頁。

(26) 大沼邦弘・前掲論文、成城法学二七七頁。

(27) 平野竜一・刑法総論Ⅱ三三三頁、金沢文雄「事実の欠缺と不能犯」法学セミナー三一号(昭三三)四四頁以下。

(28) イギリスでは、自己の財物に対する窃取を可罰未遂とするのが通説であるが(G. Williams, Criminal Attempts—A Reply, [1962] Crim. L. R. 300-306, P. English, Did he think it would do the trick?, [1970] Crim. L. R. 20, D. Stuart, The Actus Reus in Attempts, [1970] Crim. L. R. 525) マクトス・レウス(actus reus)の本質的要素を欠くことを理由に不可罰説を主張する有力説として J. Smith, Two Problems in Criminal Attempts Re-Examined-II, [1962] Crim. L. R. 222. がある。ただし、スマイスは、二本の傘があり、盗んだ方の傘がたまたま自己の物であった場合には、成功すれば犯罪となる目的を達成できなかっただけであるとして、可罰未遂を認める。

(29) 大谷実「不能犯規定新設の是非」前掲刑法改正の諸問題五二—五三頁。なお、団藤博士が純客観説を考え方として定型説に近いものをもっているものと評価される点が注目される。団藤重光・前掲書一五一頁。

五 最後に、主体の欠缺に関する批判を検討する。西ドイツ

では、最近、主体の欠缺を可罰未遂とする見解が増加している⁽³⁰⁾が、わが国では、可罰説はほとんどみられず、不能犯ないし構成要件の欠缺とみるのが一般である⁽³²⁾。しかし、たとえば賄賂罪

について、非公務員が自分を公務員だと誤信して収賄行為におよんだ場合、その誤信が一般人の観察からみて相当であれば、

主体を構成要件要素の本質的要素とみることに合理的理由がない以上、通説の事前判断によれば、可罰未遂となるはずであり、

一律に不可罰とするのはすでに事後判断が入っているのではないかと批判される⁽³⁴⁾。ただ、問題となる身分犯につき、一般に未

遂処罰の規定を欠くので破綻が顕在化しないだけであるといわれる⁽³⁵⁾。しかし、香川教授によれば、背任罪には未遂規定(二〇

五条)があり、背任罪における事務者の範囲に関する学説上の争いが激しいため、非事務者が事務者と誤信し、また一般人の

観察からみてその誤信が相当であれば、その者のなした背任行為は、通説では背任未遂罪が成立する。従って、主体の欠缺に

関する通説の問題点を指摘することは、実際上の事案の解決のために意義があると思う。

ところで、右のような通説への批判に対して、中教授は、通説の立場から反批判を加えられる。教授は、主体の欠缺の不可

罰性の理由を「可逆原理」(Umkehrprinzip)と具体的危険説

によって明らかにしうるといわれる⁽³⁷⁾。

可逆原理とは、主としてドイツで議論されている錯誤論であり⁽³⁸⁾、事実の錯誤と法律の錯誤を裏返えしたものである。すなわ

ち、犯行の際に法律上の構成要件に属する事情や可罰性を高める事情の存在を認識していない以上、事実の錯誤として故意が

阻却される。それに対し、不能犯の場合は現実に存在しない事情を存在すると誤信したのであるから、主観的に故意があり、

事実の錯誤の裏返えしとして可罰未遂となる。また、事実認識には欠けるところが無いが、当該行為の具備すべき違法性を認

識しなかったときは禁止の錯誤とされるが、当該行為が違法でないのに違法だと誤信した場合は、禁止の錯誤の裏返えされた

ものとして幻覚犯とするものである。この「裏返えされた錯誤」(umgekehrter Irrtum)によれば、主体の欠缺は、客観的に存

在しない構成要件要素を誤信して行為に出たのであり、主観的には故意があるから可罰未遂となる。

ところが、中教授は、旧姦通罪を例として、内縁の妻が本罪の主体にあたると信じて姦通した場合、彼女は法律上の婚姻関

係がないことを認識しているから、それは事実認識に欠けるところはなく、ただ違法でないのに違法だと誤信したにすぎない

から、「裏返えされたあてはめの錯誤」として不可罰とされる。確かに、旧姦通罪の事例については、その結論が認められよう。

しかし、公務員と誤信した非公務員による収賄の事例については、彼は非身分者という事実を認識していないのだから、その誤認はやはり「裏返えされた事実の錯誤」というべきではないか。とすれば、可逆出理による可罰性の否定は困難である。

次に、中教授の具体的危険説による不可罰説を検討する。教授によれば、たとえば先の旧姦通罪の事例で彼女が夫から入籍したと欺罔された結果、自分を正式の妻であると誤信したという場合であっても、内縁関係か婚姻関係かは届出という形式的要件による。従って、彼女は届出書を事前に閲読することが可能なので、その誤認は一般的に相当でないとして、不可罰とされる。しかし、届出書がすでに作成された後、夫が届け出たことを妻に伝えたような場合、彼女に対して届出の有無の確認を戸籍係員からとることを求めるのは困難である。むしろその場合、夫の欺罔によって彼女が正式の妻と誤信する方が、一般的にみて相当であるといえるのではないか。従って、届出書を姦通行為の前に閲読しえたはずであるとはいちがいに断言しえない。むしろ、彼女の不可罰性は、届出書が出されていなかったという事後的事情による。

以上の検討により、具体的危険説の判断構造は、いまだ明確にされたとはいえず、真に客観説たりえないものであることが検証された。具体的危険説の判断基準は、行為者の認識した事

情を判断資料の機軸とするため、抽象的危険説のそれと実質的差違がほとんどない。そのため、通説は結果無価値を一次的とする通説の立つ違法観そのものと抵触し、可罰未遂の拡大化を阻止しえない。確かに、規範的観点からの危惧感によって行為時に一般人が法益侵害の危険性を感じる行為を違法としてこれを処罰すれば、刑法規範の法益保護機能は十分働くであろう。

しかし、通説の判断基準によれば、当該方法では法益が全く危殆化されない場合（例・無害物による毒殺行為）、または危殆化される客体が全く存在しない場合（例・人形や石塔を人だと誤信して発砲する行為）でも、客観的にみて保護法益は欠けているのであるから法益が危殆化されたということはできないが、事前の一般人が結果発生の危惧感を抱くかぎり、法益が危殆化されたと判断されることになってしまう。これは、明らかに保護法益の存在を擬制した判断であり、結果無価値を第一次とする思考と相容れない。結局、通説は行為の反社会性、反倫理性の処罰の基準として機能する側面が大きく、行為無価値の処罰を重視する構造を有している。また、主体の不能の一律的不可罰性を説明しえないのも、通説のもつ不合理な側面の一つである。

- (30) 可罰性の理論的根拠⁴⁵⁾ 本文に記述の可逆原理論による。
 Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, All. Teil, 3. Aufl., 1978, S. 433f, Blei, Strafrecht, All. Teil, 17. Aufl., 1977, S. 203 f, Maurach, Deutsches Strafrecht, All. Teil, 4. Aufl., 1971, S. 512, Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht, All. Teil, Bd. II, 5. Aufl., S. 35, Schönke-Schröder-Eser, Strafgesetzbuch, 19. Aufl., 1978, § 22 Anm. 76, Lackner, Strafgesetzbuch, 10. Aufl., 1976, § 22 Anm. 2b, Rudolphi, in: Rudolphi-Horn-Samon-Schreiber, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd. 1, All. Teil, 2. Aufl., 1977, § 22 Anm. 28, Wessels, Strafrecht, All. Teil, 7. Aufl., 1978, S. 113, Dreher, Strafgesetzbuch, 37. Aufl., 1977, § 22 Anm. 28. 可罰未遂を認めた判例として R GSt, 42, S. 92, R GSt, 72, S. 109.
- (31) 主体の欠缺を可罰未遂とする見解として、木村亀二・犯罪論の新構造(下)(昭五三)二七—二八頁、同・刑法総論(増補版)補遺三四—三五頁。なお、木村博士は従来幻覚犯と解されていたが、見解を改められた。同・刑法総論(昭四八)三五八頁、同「不能犯と事実の欠缺」刑事法講座(昭二八)四二七頁。
- (32) 主体が法律上の身分を欠く場合は不能犯か幻覚犯かの争いがあるが、構成的身分を具備しないのに具備すると誤信する場合であるから、幻覚犯と解する合理的根拠に乏しい。従って、主体の欠缺は不能犯ないし構成要件の欠缺の問題として処理すべきであると考える。なお、構成要件の欠缺を理由に不可罰とする見解として、団藤重光・前掲書一一三頁。香川達夫・団藤編・注釈刑法(2)のII(昭四九)五〇八頁、内田文昭、前掲書一四四—一四五頁、二五四頁、大沼邦弘「事実の欠缺」・西原・藤木・森下編・刑法学³⁾(昭五三)一〇六一—〇八頁などがある。
- (33) 平野竜一・前掲書三三三頁。同旨、柏木千秋「不能犯について」研修三六三号(昭五三)一五一—一七頁。
- (34) 中山研一・刑法総論の基本問題二三六頁、同・口述刑法総論三八八頁。
- (35) 斎藤信治・前掲論文一〇三頁。
- (36) 香川達夫・団藤編・注釈刑法(2)のII五〇八頁。
- (37) 中義勝・同編・論争刑法一二五—一二八頁、同・講述犯罪総論二〇八—二一〇頁。かつて、中教授は、非公務員が公務員であると誤信して収賄行為を行なった場合「行為は始めから収賄でなく……実行行為がなかったと解しておけば足るであろう」とされていた。同・刑法総論二〇二頁。
- (38) Vgl. Jescheck, a. a. O., S. 431ff, Wessels, a. a. O., S. 118 ff, u. s. w. 可逆原理論はもともと判例によって展開されたものである。前出注(30)の判例。

三 具体的危険説の修正論

一 結果無価値論の観点から法益侵害の客観的危険性を判断するために、具体的危険説を基本的に支持しつつ、その判断基準を修正する立場がある。この修正論が具体的危険説を基本的に支持するのは、危険判断が純粹の物理的判断でなく一般人の立場からする判断だとする理由からである。しかし、具体的危険説の判断基準をそのままの形で適用することに躊躇する。修正の方法は、危険判断の時点の修正(事後判断の一部採用)と判断資料の修正(行為者主観の排除)との二つの立場に分かれ

る。なお、後述するように、前者の修正論は通説の立場の論者のなかにもみられる。

危険判断の時点を修正する立場は、具体的危険説がわが国に継受された頃からすでに泉二博士⁽¹⁾によって主張され、後に滝川博士⁽²⁾によっても採用されたが、最近では平野博士がこれによっている。

平野博士は、未遂犯を具体的危険犯として捉え、行為のもつ法益侵害の切迫した危険を処罰すべきだとする観点(実質的客観説⁽³⁾)から、行為者主観を考慮した事前の一般人による危険判断を基本とされる。そこで、方法の不能につき、手段として用いられた物じたいに錯誤がある場合(装てんされていない銃の発砲行為⁽⁴⁾や外形上体裁は整えているが科学的に不発の手榴弾の投てき行為⁽⁵⁾など)は、事前判断で「外形的に危険な行為⁽⁶⁾」として可罰未遂とされる。これに対し、外形的に平穏な行為、たとえば既述の青酸カリと取り違えて全く無害物を投与した行為については、「ふつうの飲物を飲ませたにすぎない場合には、飲ませる過程は全く正常な状態であって、それ自体に客観的な異状さは全くない。したがって、この場合まで、行為者が毒薬がはいっていると思っていたというだけで未遂犯とするのは適当でないように思われる⁽⁷⁾」として、不能犯を認められる。これは、明らかに事後判断を採用した帰結である。次に、客体の欠缺に

については、部分的にはあるが、事後判断を採用される。客体の欠缺では多くの場合直接の被害者がいないから、処罰の要求が小さくなるのはある程度自然であるとされ、空ベッドに向けた発砲行為の事例につき、「理論的には、行為者がベッドに向けてピストルを発射する時点に立って、いわゆる *ex ante* に、ベッドのなかに人が寝ていると思われる状況かどうかを判断すべきであろうが、あとになって *ex post*、ベッドがカラであったことがわかったときの『なーんだ』という安堵感が、犯罪の成否に全然影響がないとはいえないように思われる⁽⁸⁾」とされる。おそらく、この意味は事後的に判明した事情のなかで、たとえば被害者が当夜たまたま発砲行為直前にベッドを離れていた場合と出張中で留守だった場合とでは危険の程度が異なることを認められる趣旨であろう。また、空ポケットに対する窃盗未遂で客体が全く不存在であった場合や特定物に対する窃盗未遂で目的物が不存在であった場合にも、不能犯の成立可能性を認められる⁽⁹⁾。いずれも、事後判断である。次に、主体の欠缺について、主体は構成要件要素である以上客体と区別すべきでないとする前提で、「ただ、實際上、主体の欠缺の場合には危険性が認められることがほとんどまったくないというだけではなからうか⁽¹⁰⁾」とされる。主体の欠缺の不可罰は、既述のように事後判断によらざるをえない。このように、平野説は事後に判明した

事情も考慮して法益侵害の実質的な可能性を一般人の観点から判断する趣旨と思われる。これに対し、「いかなる条件をまっけて事後にわかった事情をも参酌すべきかの基準は全然明らかでない」という批判がある⁽¹¹⁾。確かに、事後的事情の何をどの程度考慮すべきかが、平野説では明らかにされているわけではない。しかし、たとえば空ポケットに対する窃盗未遂において、犯人の手を入れた右ポケットは空だったが左ポケットには財布が入っていた場合と、どのポケットも空であった場合とを分けられるなど、事後的事情の類型化の可能性を示唆されている。また、「事後になって『なーんだ。そんなことだったのか』という安堵感が生じるということは、事前における一般的な恐怖感の存在を前提せずしては不可能であろう。つまり、事後になって安堵するのは、実は、それまでとらえられていた不安感・恐怖感からの解放以外の何者でもない」から、右の主張は事前判断を裏から説いているとする見解がある⁽¹²⁾。確かに、不安感・恐怖感はその前のものであるが、重要なのは、事実上の可能性がないという事後的事情に裏打ちされてはじめて、人が「なーんだ」と安堵するということがある⁽¹³⁾。「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」といわれるゆえんである。

平野説は危険判断の時点を修正することによって行為のもつ法益侵害の可能性判断をより実質化し、通説より不能犯の成立

範囲を拡大させた。ただ、特定物に対する窃盗未遂に関する見解についてみると、窃盗罪の客体は財物が存在すれば足りるし、さらに、特定性は行為者主観によって決まるから、可罰未遂の成立範囲を制限する効果があるとはいえず、主観的事情によって法益侵害の客観的危険性の成否が左右されることには疑問がある。なお、平野説によって不能犯が認められる場合に、行為計画の危険性が無視されることに疑問が投ぜられているが⁽¹⁴⁾、この点は後に検討したい。

ところで、事後判断を一部採用していると思われる見解が、通説の立場にもある。事後判断が行なわれるのは、科学的に危険がないが社会通念上危険を感じるという場合である。この場合、通説は社会通念を優越させて不能犯を認めない。ところが、藤木博士は「科学上、行為者が信じたとおりの条件がそなわったときでも絶対に実現しえないことについては、たとえ一般人がその行為に被害発生への危険感を覚えるとしても、そのような危険をひき起こす行為を処罰の対象とすべきでない⁽¹⁵⁾」とされ、放火罪を例として「自動発火装置については、科学上およそ発火不能であるときには、不能犯とみななければならない⁽¹⁶⁾」とされる。ここでは、明らかに社会通念よりも、むしろ科学法則に基づいた判断が優越している。植松博士もまた、「科学的に危険でないものを危険と感ずるのは、いわば無知の致すところであ

る。法の世界においては、科学は無知に席を譲らなければならぬ。法の世界に於いては、科学は無知に席を譲らなければならないものだろうか。(中略) :いま直面する不能犯論においては可能か不能かという純理の問題に関して、科学と世俗とは真向から対立しているのである。このような場合には、法もまた科学を捨てて世俗に就くことは許されないのである¹⁷⁾とされる。ここにも、一般人の危惧感よりも科学的判断重視の傾向がみられる。だがしかし、このような科学的判断は事後の鑑定結果による場合が多いであろう。なぜなら、ここで問題となるのは、たとえば自動発火装置の発火不能の原因が行為者および一般人の認識可能な範囲外にある場合なので、その原因の究明は事後の鑑定の実験結果などによって判明するからである。このように、科学的判断を貫くためには、事後的事情を考慮した経験則に基づく判断でなければならぬと思われる。藤木博士や植松博士の見解は、少なくともその範囲内において、事後判断を採用しているといわざるをえない。判断時点の修正が通説の立場のなかで、部分的にせよ行なわれているということは、通説が過度の処罰を導きうることへの反省を物語るといえよう。

(1) 泉二博士は、危険判断について、行為時に既遂に至りうる状況の存在の前提として、客体が構成要件の性質を有すること、手段が実害を生じさせる危険の状況を具備することを不可欠の条件とする。そして、その状況の有無を判断するには、常識を根拠に

して個別具体的に客体と手段との関係を観察しなければならない。そのためには行為時の状況のみならず行為後の状況をも判断材料にしなければならないとされる。事後判断を採用することによって、装てんしてあると誤信した空ピストルによる発砲行為や、事後の鑑定により死体であることが判明した者を生きていると信じて河中に投じた行為などを不能犯とされる。泉二新熊・前掲書五四二頁。

(2) 滝川博士は、具体的危険説の欠点は何が違法かの問題を純粹の客観的立場から決定しえないことであるとされ、空ピストルによる殺害、想像妊娠者による墮胎はありえず、それらの行為は客観的に違法といえない場合だから可罰未遂に入れることは不合理であるとされる。滝川幸辰・犯罪論序説(昭二九)一九六頁。

なお、さらに具体的危険説を採用しつつ事後の事情も判断の資料とするものとして、泉二、滝山両博士のほかに、久礼田益喜・刑法学概説(昭一八)三二二頁以下、安平政吉・改正刑法総論(昭三一)三二八頁、植田重正・刑法要説(総論)(昭四一)一四八頁が挙げられている(荏子邦雄・前掲書六二七頁、大沼邦弘・前掲論文上智法学論集一八巻二号八五頁注(7)、内田文昭・前掲書二五五頁注(8))。しかし、久礼田博士は行為当時の具体的事情を基礎とするとされるだけで、事後的事情を考慮されるかどうかは明らかでない。安平博士の場合も明らかでない。むしろ、自己の財物の窃取や主体の不能の場合は構成要件の欠缺理論で不可罰とされている。さらに、植田博士は、事後判断を否定されているように思われる。

- (3) 平野竜一・刑法総論II三二四頁。
(4) 福岡高判、昭二八・一一・一〇判特二六号五八頁。
(5) 東京高判、昭二九・六・一六東京高刑時報五巻六号二二六頁。

不能犯論の予備的考察

- (6) 平野竜一・法学セミナー一三九号四八頁。
- (7) 平野竜一・刑法総論Ⅱ三二八―三二九頁。
- (8) 平野竜一・法学セミナー一三九号四九頁。
- (9) 平野竜一・刑法総論Ⅱ三三〇頁。客体が全く欠缺している場合に、具体的危険説を修正し、事後判断によって、不能犯を認めるドイツの最近の学説として、Spindel, Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, Festschr. t. Stock, 1966, S. 98 f.
- (10) 平野竜一・法学セミナー一三九号五〇頁。佐伯博士も同主旨と思われる。佐伯千仞・前掲書三一八頁。
- (11) 中義勝・前掲論文、同編・論争刑法一二四頁。
- (12) 中義勝・同編・論争刑法一二五頁。
- (13) 大谷実・前掲論文、同志社法学一五三号三七頁。
- (14) 中山研一・口述刑法総論三八九頁。
- (15) 藤木英雄・刑法講義二六七頁。なお、藤木博士は危険犯について、「物理的にみて、具体的な状況を考慮して実害発生のおそれが絶無である場合には、一般不特定人が当該行為に対してある程度の不安感を抱いたとしても、刑法による禁圧の対象とする必要はない。この点は、不能犯論と共通の問題である」とされる。同「刑法における危険の概念」総合判例研究叢書刑法④(昭四二)八頁。
- (16) 藤木英雄・新版刑法演習講座(昭四五)一八九頁。なお、中山教授は藤木説を抽象的危険説に近いと評価されている。中山研一「藤木教授の刑法学」藤木英雄人と学問(昭五四)五四頁。
- (17) 植松正・警察研究三五卷八号(昭三九)九五頁。なお、同・再訂刑法概論Ⅰ総論(昭五二)三四七頁参照。しかしながら、植松博士は、空気注射自体は科学的に不能であっても、俗信が可能と信じることを可能と信じて行為する者は、その人格像において処

同志社法学 三二卷五号 一一四(八八六)

罰するに値するとして、危険判断は科学的であるが、処罰は行為無価値に重点を置かれる。植松正・刑事判例研究会編刑事判例評釈集二四卷(昭五五)三六頁以下。

二 次に、通説の危険判断の資料を修正して、行為者主観を排除する見解をみよう。この見解は、結果無価値論の観点から大沼助教授によって主張されている⁽¹⁸⁾。ところで、結果無価値論の観点から未遂犯において行為者主観の考慮は必要か、すなわち未遂の故意は主観的違法要素かどうかという問題は、こんにち未遂犯論における重要問題の一つである。この問題は、大沼説にとどまらず、すでに検討した平野説、また後に検討する純客観説の見解に共通するものなので、ここではまず、この問題を総合的に考察し、その後大沼説の批判的検討を加えたい。

周知のように、結果無価値論者の大部分が、未遂行為の客観的な危険判断に必要な限度で考慮するという条件つきで、未遂の故意を例外的に主観的違法要素と解している。平野博士によれば、未遂犯は構造的に目的犯と同じであり、未遂犯の場合結果の惹起が存在しないので目的犯と同様に外部的な行為によるだけでは客観的危険性を判断しえず、客観的側面を超過した主観的事情の考慮がはじめて正しい判断が可能である⁽¹⁹⁾。たとえばピストルの銃口を相手方に向けた場合には、殺人、傷害脅迫のいずれの実行行為か、また発砲したが命中しなかった場

合には殺人未遂か傷害未遂のいずれが成立するかは、行為者主観を考慮に入れてはじめて判別可能だとされる。さらに未遂の教唆についても、それが可罰的なのは正犯の未遂行為が結果発生の危険を生ぜしめたからであるが、「正犯者には、結果を生させる意思が必要なもの、それが主観的違法要素であり、それがあるために正犯者の行為に危険性が認められるからにほかならない」とされる。⁽²⁰⁾このように、平野博士は未遂の故意が主観的違法要素であることを原則的に肯定される。

それをさらに限定して未遂犯の一部についてのみ主観的違法要素を認められるのが、佐伯博士である。博士は、主観的違法要素が認められるのは、それが存することによって行為の法益に対する侵害または脅威性（危険性）が初めて存在し、あるいは高められる場合のみであるとされる。また、主観的事情には故意のみならず、具体的な行為計画も含むとされる。たとえば少年店員が主人の財布と自分の財布の両方が入った主人の机の引出しに手をかけた場合、自分の財布を出そうとしたのであれば適法行為であるが、主人の財布を盗ろうとしていたのであれば窃盗未遂である。また、発射した弾丸が人とその連れている犬との間を通過した場合、行為者が人を射撃するつもりだったならば殺人未遂だが、単に犬を狙ったのだとすれば、毀棄未遂で不可罰となる。いずれの事例とも客観的側面だけでは危険性

不能犯論の予備的考察

を判定しえず、どちらの財布を出そうとしたのか、どちらを狙ったのかという行為者の主観を問うことによってはじめて未遂の違法判断が可能であるという。このように、未遂の故意を主観的違法要素であると解する立場は、その故意を目的犯と構造的に同一視したり、若干の例外として限定することによって、既遂にいたった途端、責任要素になるのはおかしいという通説からの批判を避けうるが、故意に行為の客観的危険性の有無を判定させる重要な要素の一つとして機能させていることに注目しなければならぬ。

これらの見解に対して、主観的な認識や目的が違法性を決するということこそ人的違法論の中核だったことを考えると、そのかぎりでの物的違法観に修正が加えられたことを意味し、主観的要素が法益侵害性に作用するという命題は二律背反的な矛盾としてしかうけとれないとする中山教授の批判がある。⁽²¹⁾中山教授は、結果無価値論の観点から主観的違法要素それじたいを疑問視され、未遂の故意を主観的違法要素とみることを否定される。教授の立論の基礎は、違法性の本質を法益侵害性に求めることのほか、この物的違法観が犯罪認定論における「客観から主観へ」という順序の妥当性に対応し、これを保障するという関係に立つ点に求められる。それによれば、犯罪を構造論的にみれば「主観から客観へ」という順序が妥当するが、刑法の

解釈論が終局的に犯罪認定論にこそ奉仕すべきであることを考
えると、認定過程としては客観的側面が先行しなければなら
ない。主観的事情は、本人が自白しないかぎり結局客観的事情か
ら認定するほかになく、故意を推知させるような客観的危険の存
在こそが違法を決するモメントとなる。以上の見地に立って、
平野説が未遂の故意を目的犯の目的と同一視することに対して、
目的犯は一種の危険犯であり、目的は行為事情に分解されては
じめて構成要件要素になるから主観的違法要素でないとするこ
とによって平野説の理由づけの前提じたいを否定される。次に、
佐伯博士の設例に対して、少年店員が主人の机の引出しを開け
たときはどちらを盗るとも外部的行為からまだわからない間は
適法であり、主人のものに具体的にふれようとしてはじめて未
遂になると考えればよいとされ、また、人と犬のどちらを狙っ
たのか自白しない場合には、その故意は客観的事情から認定す
るほかはないとされる。これに対し、客観的側面のみで行為の
危険性を問題にすると、「自己の行為が一般人から人を殺そう
としている行為だと見られるであろうことを認識していたとき
は、人を殺す意思がなくとも殺人未遂が成立することになり、
不当である」という平野教授の批判がある。⁽²³⁾ 中山教授はこれに
反批判を加えられ、確かに行為者の行為が外部的に観察して法
益侵害の危険があるかぎり、その行為は違法だといわざるをえ

ず、もし「本当に行行為者に殺人の故意がないならば、その主張
とそれをうらづける事情が提証され、故意があったかどうか、
責任要素の存否として判定されることになる⁽²⁴⁾」とされる。すな
わち、未遂の違法判断はあくまで客観的資料に基づいて行ない、
故意の有無は既遂犯の場合と同様、責任の段階で考慮すれば足
りるとされるのである。このように、中山説は徹底した結果無
価値一元論であり、客観的未遂論にもっとも忠実な形態をとる。
これらの諸見解のうち、いずれの立場が妥当であるかを結論
づけるためには、さらに考察を加える必要があるので、ここで
は若干の疑問を述べるにとどめたい。第一に、未遂の故意を主
観的違法要素とみなす見解に対する疑問は、法益侵害の差し迫
った危険性の判断が、なぜ行為者主観によって決定されるのか
という点である。たとえば弾丸が人とその連れている犬との間
を通過した事例についてみると、問題は発砲行為によって発射
された弾丸が人ないし犬のどちらにあたる可能性・蓋然性があ
ったかどうかというきわめて事実的な判断なのであるから、殺
意の有無によって人にあたる事実的可能性が影響を受けること
はあるまい。たとえ単に犬を狙ったにすぎない場合でも、犬を
狙ったという主観的事情で人にあたる事実的可能性が無くなる
わけでもないであろう。また、この事例で事実的可能性じたい
予測困難であるとすれば、行為者の主観がどのようなものであ

ろうと、少なくとも適法行為となる余地があるのだから違法判断は放棄されるべきではないか。第二に、犯意や犯行計画を問うとしても、中山教授が指摘されるように、たとえ(25)不能犯を認める砂糖による殺人の事例で青酸カリだと思っっている行為者の認識がなぜ無視されるのが明らかでない。既述のように、犯意や犯行計画によれば危険な場合でも、事後判断を入れることによって不能犯となることが認められている。それなら、主観的事情を考慮する実質的理由は乏しい。このようにして、未遂の処罰根拠を法益侵害の危殆化のみに求める立場に立つかぎり、主観的事情を考慮する必要性はないであろう。

ところで、大沼助教教授は右の中山説に沿って、客観説に立つ以上、客観的側面での違法性を基礎づける限界を追求し、その基礎づけが不可能な場合には、その処罰を放棄する方向に向かうべきだとし、事前判断を貫きながら、主観的事情を排除される。事前判断をとる理由は、物理的判断によれば謙抑性において十分でも法益保護の要請を十分に満足させえず、一般人判断によって謙抑性と法益保護の要請との調和がはかれるという点に求められる。(26)そこで、たとえば毒殺の意図で青酸カリを飲ませようとしたが、砂糖をそれと取り違えて服用させたという場合、青酸カリを飲ませようとした行為者の計画を考慮してはじめて可罰的となる。行為計画を排除すれば、砂糖を飲ま

せた行為に危険はないから不能犯が認められることになることされる。(27)ここでは、危険判断の対象が砂糖であることが前提とされている。しかし、行為者主観を除いた客観的事実としては、たとえば行為者が薬品棚からビンを取り出し、サラサラした白い粉末を他人のみそ汁に混入した、あるいはそのみそ汁を飲ませたが何も生じなかったという場合が想定されるから、危険判断の対象は砂糖ではなくサラサラした白い粉末である。事前の一般人判断によるかぎり、たとえばレストランのテーブルの上の砂糖容れであれば問題ないが、薬品棚のビンであれば白い粉末が砂糖であることは容易に判明しがたい。むしろ、砂糖であることが発覚するのは、事後の分析結果などによることが多い。従って、この場合、事前判断によるかぎり可罰未遂とならざるをえない。事前判断に固執する以上は、行為者主観を排除しても、通説との径庭はほとんどないといってよい。

以上の検討の結果、具体的危険説の修正論は、行為の法益に対する客観的な可能性判断を実質化させようとしているが、その方法論として、行為者主観の排除ではなく、事後判断を採用する立場の方に妥当性がみられた。ただ、この立場は、事後判断を部分的にしか認めない点、行為者主観を考慮する点に問題を残している。

不能犯論の予備的考察

- (18) 大沼邦弘・前掲論文、上智法学論集一八巻一号一一一―一二四頁。なお、ドイツではシュペンデルがいる。
Spindel, a. a. O., S. 109.
- (19) 平野竜一・刑法総論Ⅱ三三四頁。なお、同・刑法総論Ⅰ(昭四八)一二二頁以下、同・刑法の基礎⑦法学セミナー一二七号(昭四一)三三―三四頁参照。
- (20) 平野竜一・刑法の基礎⑩法学セミナー一四一号(昭四二)三七頁。
- (21) 佐伯千仞・前掲書一八八―一八九頁。佐伯博士はさらに性格の危険性も主観的違法要素と解される。
- (22) 中山研一・刑法総論の基本問題七一―七三頁、二二三―二三四頁、同・口述刑法総論一八―二〇頁、三六九―三七七頁、同「故意は主観的違法要素か」法学論叢一〇二巻五・六号(昭五三)四七頁以下。同旨のものとして、大沼邦弘・前掲論文一一四頁注(7)、一一三頁、宗岡嗣郎「客観的未遂論と故意の体系的地位」九大法学三六号(昭五三)六九頁以下、内田文昭・前掲書一六六―一六九頁。内田教授は故意を主観的構成要件要素と解される点に疑問がある。批判として、宗岡嗣郎・前掲論文九九頁注(5)。なお、主観的違法要素論の論争に関する最近の文献として、中義勝「故意の体系的地位」平場安治博士還暦祝賀・現代の刑事法学(上)(昭五二)一五一頁以下、神山敏雄「主観的違法要素」Law School No. 23 (昭五五)二三頁以下。
- (23) 平野竜一・刑法総論Ⅱ三三五頁注(5)。
- (24) 中山研一・前掲論文五四頁。
- (25) 中山研一・口述刑法総論三八九頁。
- (26) 大沼邦弘・前掲論文一一二頁。なお、大沼助教教授は主体の欠缺については構成要件の欠缺論で解決される。大沼邦弘・西原II藤

同志社法学 三三巻五号 一一八(八九〇)

木II森下編・刑法学3一〇八頁。

- (27) 大沼邦弘・前掲論文一一三頁。大沼助教教授は、具体的危険説による可罰未遂の拡大傾向に対して、構成要件欠缺理論を併用することでも可罰未遂の成立範囲を制限しようとする(とくに同「構成要件の欠缺と可罰未遂の限界(三)完」成城法学7九五頁以下)。
- 可罰未遂の限界の形式的画定と実質画定といういわば二元論を試みたものとして注目される。構成要件欠缺論を採用することで、実質的に事後的な判断を認められたことなるように思われる。

四 純客観説の見解の判断基準

一 既述のように、結果無価値論の立場から行為のもつ法益侵害の客観的可能性判断をより実質化させるためには、通説の修正では満足しえないのであった。そこで、このような観点から、さらにすすんで純客観説を再評価ないし再興しようとする見解が、最近、主張されはじめている。ところで、純客観説は個人主義的・自由主義的観点からフォイエルバッハが、一八世紀末までのドイツ普通法の主観主義的立場に対向して主張した見解である⁽¹⁾。彼は、未遂の処罰根拠を権利侵害(法益侵害)の危険性に求め、客観的な危険判断の基準を、行為が、その外部的事情によって(直接間接を問わず、多かれ少なかれ)意図した犯罰と因果関係があるかどうかに求めた。そして、その因果関係を抽象的に判断し、手段ないし客体の一方に結果発生を物理的に不可能ならしめる事情があれば、因果関係がないとして、

客観的危険性がなく不能犯とする。その科学法則に基づく判断基準によって、無害物を毒物と誤信して投与する行為や死体に対する殺人行為などはもちろんのこと、あらゆる手段ないし客体の不能を不能犯とした。しかし、これでは不能犯の成立範囲が拡がりすぎるので、ミッテルマイヤーはフォイエルバッハの判断基準をつねに正しいとはかぎらないとして、客体の不能はすべて不能犯としたが、方法の不能について抽象的に不能な手段と具体的に不能な手段とに分けて論じた。⁽³⁾すなわち、毒殺目的で砂糖を投与する行為などいかなる事情においても意図した結果を惹起しえない場合が抽象的不能で、致死量にいたらない毒薬の投与など手段それじたいは結果惹起に適しているが具体的に不十分であった場合が具体的不能であるとして、前者を不能犯、後者を可罰未遂とした。この修正論はさらにベルナーに引継がれ、客体についても同様の区別が設けられた。⁽⁴⁾そこで、死体に対する殺人行為などは絶対的不能として不可罰だが、射殺を企てた相手がたまたま防弾チョッキを着ていた場合などは相対的不能として可罰未遂とされた。このようにして、手段・客体のそれぞれについて絶対的不能と相対的不能との区別が設けられ、こんにち理解されている純客観説の形ができあがり、わが国においても大場博士、⁽⁵⁾勝本博士によって有力に主張された。しかし、周知のように、絶対的不能と相対的不能との区別

不能犯論の予備的考察

の基準が曖昧であるなどの理由で、本説は、判例を除いて、すでに過去の学説とみなされつつあった。では、なぜ純客観説の再評価ないし再興が行なわれようとするのだろうか。それは、本説が権利侵害説の立場から提唱されたこと、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その考え方が危険判断の実質化に適う正しい核心をもっていることを評価するためである。⁽⁷⁾そこで、本説の再評価論ないし再興論は、本説にそのままの形で復帰するのでなく、それを基礎に新たな危険判断の基準を提示しようとしている。

(1) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 4. Aufl., 1808, S. 42f., 14. Aufl., 1847, S. 71f. Vgl. Fabian, Abgrenzung von untauglichen Versuch und Putativdelikt, und Erörterung ihrer Strafbarkeit, 1905, S. 3 f. Kohn, Der untaugliche Versuch und der Wahnverbrechen, 1904, S. 20 f. Grünhut, Auserm V. Feuerbach, 1922, S. 198 ff. なお、西山富夫・前掲論文、名城法学四卷三・四合併号二九—三〇頁、大沼邦弘・前掲論文六七頁以下、シユーベルト・山中敬一訳「一八二四年バイエルン王国刑法典フォイエルバッハ草案」(昭五五)一五七頁以下、キッパー・フォイエルバッハ伝(西村克彦訳)(昭五四)三二頁以下参照。また、歴史的背景につき、小野清一郎「刑法総則草案に於ける未遂犯及び不能犯」犯罪構成要件の理論所収三〇〇頁参照。法益論につい

ては、木村亀二・刑法の基本概念(昭二四)一〇五頁、内藤謙「刑法における法益概念の歴史的展開(一)」都立大法学会雑誌六巻二号(昭四一)二二五頁以下参照。

(2) Feuerbach, Lehrbuch, 4. Aufl., S. 42, 14. Aufl., S. 72.

(3) Mittermaier, Über den neuesten Zustand der Kriminalrechts-wissenschaft in Deutschland, Neues Archiv des Kriminalrechts, Bd. 4, 1820, S. 103. Vgl. Fabian, a. a. O., S. 3f, Kohn, a. a. O., S. 22f, Schüler, Der Mangel am Tatbestand, 1914, S. 15f. なお、西山富夫・前掲論文三三頁、大沼邦弘・前掲論文七二頁参照。

(4) Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl., 1898, S. 143f, Schüler, a. a. O., S. 15 Anm. 33. なお、西山富夫・前掲論文三三―三四頁、大沼邦弘・前掲論文七二頁参照。

(5) 大場茂馬・刑法総論下巻中冊(大三)八九六頁以下。なお、堀内捷三「大場茂馬の刑法理論」法律時報五〇巻一一号(昭五三)八三頁参照。

(6) 勝本勘三郎・刑法の理論及び政策(大一四)一四六頁以下、中義勝＝山中敬一「勝本勘三郎の刑法理論」法律時報五〇巻一〇号(昭五三)一一二―一二三頁参照。

(7) 大谷実・前掲論文、同志社法学一五三号三四頁。

二 純客観説の再評価を主張されるのは、中山教授⁽⁸⁾である。

教授は、純客観説が客観的未遂論のもっとも忠実な反映形態としてもつ古典的意味があることを忘れるべきでない⁽⁹⁾と強調され、本説が行為者主観を全く排除する点を再評価し、絶対的不能と

相対的不能の区別の基準が不明確だとの批判は必ずしも説得的でなく、事後判断の点も全面的に拒否されるべきものかどうか⁽⁹⁾再考の余地があるとされる。そこで、以下のような危険判断の基準を提示される。

既述のように、中山説によれば、未遂の故意は主観的違法要素でない。行為とその外部的事情のみによって、法益侵害の可能性判断を行なう。危険判断の基準は、事後の事情をも考慮したうえで行為時の危険の程度を判断すべきであるとし、絶対的不能とされてきた事例を原則として不能犯、相対的不能とされてきた事例も一般的な結果発生⁽¹⁰⁾の危険性の程度いかんでは不能犯となりうるとするもので、純客観説よりも不能犯の成立範囲を広げる意図がみられる。個別的にみると、客体の不能について、絶対的不能とされてきた死体に対する殺人行為はいかに抽象化し類型化しても相対的不能とすることはできないという理由で不能犯となる。また、相対的不能とされてきた空ポケットに対する窃盗行為などは、客体の不存在という事後の事情は全くわからず、そのために具体的危険がかなり高い場合のみ可罰未遂となる。純客観説よりも不能犯の範囲を広げる一例であるが、この場合、中山教授は「事後の事情を考慮した事前の一般⁽¹⁰⁾的判断」とされるので、客体の不存在という事後の事情が事前に全く不明であったかどうか⁽¹⁰⁾が考慮され、事前に不明でなかつ

たならば事後的事情が具体的な危険性を否定する材料ということになる。従って、客体が全く欠缺している場合でも欠缺の事情が事前に全く不明であれば一律に不能犯が認められることにはならないのではないだろうか。いいかえれば、事後的事情が一般人の認識可能な範囲にない場合には可罰未遂が認められることになる。そのかぎりでは、具体的危険説に接近することになるように思う。

次に、方法の不能についてみると、青酸カリと間違えて砂糖を投与する行為は、死体に対する殺人行為と同様に抽象化し類型化しても相対的不能となしえないという理由で、不能犯となる。また、空ピストルによる発砲行為は、かつて絶対的不能とされたが、⁽¹¹⁾中山説によれば、相対的不能として可罰未遂になるとされる。⁽¹²⁾最後に、主体の欠缺については、構成要件欠缺論による解決を目ざされる。以上検討したように、中山説は純客観的に行為の危険性を判断するものではあるが、いまだ絶対的不能と相対的不能の区別の基準を明確にし類型化したものとはいえないように思う。⁽¹³⁾

次に、さらにすすんで純客観説を再興しようとするのが、大谷教授である。不能犯論は、一般に、一応実行の着手の問題とは切り離して論じられている。しかし、教授は実行の着手の問題と絡めて、不能犯論を展開される。すなわち、未遂の処罰

根拠を法益侵害の危険性に求め、切迫した危険の発生をまって実行の着手を認める実質的客観説の立場に立てば、危険な未遂を可罰未遂とし、危険でない未遂を不能犯とする「不能犯の問題も結局は実行の着手にあたるかどうかの問題に帰着する」⁽¹⁴⁾とされるのである。本来、外形のない観念的に実行の着手があるとしたりえて危険がないから不能犯であるという論理はおかしいのであり、実行の着手があれば法益は危殆化されたのだから、もはや不能犯を認める余地はない。「不能犯論は実行の着手論の一つのミクロコスモスである」⁽¹⁵⁾といわれるゆえんである。従来、この点はあまり意識されずにきたが、とくに客観的未遂論に立って不能犯を論ずるとき、大谷教授の指摘を看過することはできない。

では、大谷教授はどのようにして純客観説を再興しようとするのだろうか。まず、従来の純客観説の問題点は、フォイエールバッハのように個々の客体・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点、ミッテルマイヤーの説は客体と手段を分ける実質的根拠に乏しい点、ベルナーのように客体について相対的不能を認めると、事実上の可能性という純粹の物理的判断の枠組が大きく後退してしまう点にあるとされる。⁽¹⁶⁾そこで、これらの問題を解消し、結果発生の事実的可能性判断をする

ためには、危険判断は純粹に客觀的に行なわなければならないが、次の二条件が必要だとされる。「第一は、客觀的な判断に

も、判断の対象として主觀的な意思や行為者の計画は入り込む余地があるということである。このような主觀的要素を考慮にいれなければ、結果發生の差し迫った危険を認定することは不可能だからである。第二に危険の發生が要件である以上、事前的判断によって行為時に行為が具備していた危険性を認定するのではなく、行為後の状況を考慮に入れて、その行為が具体的に法益を侵害する可能性があったかどうかを判断すべきだということである⁽¹⁷⁾。さらに、附随条件として、第一に問題は構成要件的結果の發生を可能な状態にしたかどうかであるから、可能性判断を行為の目的となった客体に対する結果發生の可能性に限定する必要はないこと、第二に条件の置き方によっていかにようにも判断できるから、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り、第三に予備段階をも含む危険判断は未遂概念の不当な拡大だから、可能性判断は通常実行行為とみなされる行為について行なうことという三条件が付加される⁽¹⁸⁾。このように、大谷説は意思や行為計画などの主觀的⁽¹⁹⁾事情と事後的⁽¹⁹⁾事情の総合判断によって結果發生の事後的⁽¹⁹⁾可能性を判断するというものであり、科学的・物理的な危険判断が支柱となっているが、判断基底に主觀的⁽¹⁹⁾事情が入る点で、純客觀説

と異なる⁽²⁰⁾。以上の特徴を有する大谷説は、具体的適用のなかでさらに展開される。

まず、客体の不能につき、事後的にみて保護法益ないし客体が全く存在しない場合は不能犯となる。とくに人身犯罪では通常、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法益の不存在を意味し、従って、客体の不存在はすべて不能犯となる。たとえば死胎児に対する墮胎行為⁽²¹⁾、死体に対する殺人行為などは、一般人がまだ生きていると思うような状況のものであっても、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とされる。この点で、死体に対する殺人事件で殺人未遂罪を適用した後掲の広島高裁判決に反対される。次に、古くから絶対的不能か相対的不能かの争いのある防弾チョッキを着用している人に発砲する事例の場合は、客体の欠缺でなく、行為客体は存在するという理由で不能犯でない。おそらく、防弾チョッキを着用していても、身体の他の箇所にあたる可能性があるのであろう。また、空ベッドに対する発砲行為では、被害者が外出中の場合、被害の可能性がないから不能犯となる⁽²²⁾。これに対し、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⁽²³⁾に生ずる」という理由で、不能犯の成立はほとんど認められな

い。大谷説は、財物の存否を基準とする。従って、空ポケットや特定物に対する窃盗行為などは、他の財物がある以上、窃盗未遂となるが、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や無一物の人に対する窃盗行為などは窃盗未遂とされない。⁽²⁴⁾

次に、方法の不能についての具体的適用をみる。ここでは、平野博士の分類に従って、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違えた場合の三つの類型に分けて論じられる。まず、第一類型の判断基準は、「科学法則上、目的達成に達したのかを、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⁽²⁵⁾」である。たとえば硫黄による殺人行為は殺人の手段としての性質を欠くから不能犯となり、致死量以下の毒殺行為では、人体に健康状態の変更をもたらした段階で実行の着手が認められる。従って、それ以下の量では不能犯となる。⁽²⁷⁾

第二の類型では、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が問題となる。その場合、大谷説では、たとえばたまたま装てんされていないピストルの発砲行為は、事後的にみれば玩具用のピストルを使用した場合と同じとして、不能犯が認められる。そして、大谷教授は、勤務中の警察官か

ら拳銃を奪い同人に向けて引鉄を引いたが弾丸が入っていないかっただけという事案につき殺人未遂を適用した福岡高裁判決（昭二八・二・一〇判特二六号五八頁）に反対し、いずれ他の犯罪により処断されるから不能犯を認めるべきだとされる。確かに本件では、殺人未遂等として処断されている。これに対し、装てんしておいた自己の拳銃が発砲行為直前に他人に弾丸が抜かれた場合にも不能犯が成立することになるが、この場合は不能犯とすべきでないという批判がある。⁽²⁸⁾ もっとも、私見によれば、少なくとも殺人予備罪が成立すると思われる。

第三の類型では、典型例として、既述の毒薬と取り違えて砂糖など無害物を毒殺の意図で投与する行為が挙げられる。この場合は、事後的にみて、「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⁽²⁹⁾」。

最後に、主体の欠缺について、その不可罰性は、事後的にみてその身分に特定されている法益侵害の可能性がないからだとされる。⁽³⁰⁾

以上の概観の結果、大谷説は、表現こそ使われていないが、可能なかぎり絶対的不能と相対的不能の区別の基準を明確化し、類型化したものであることを知りえた。すなわち、その判断基準は、行為の前後を通じてすべての事情を考慮するのではなく、行為後に判明した事情のうちで手段・客体の物理的性質上、結

果発生惹起に必須の条件（行為時に客観的に存在する）を欠く事情を、行為の基本的性質を決定するものとして危険判断の材料に加え、そのような行為は科学的に結果発生の可能性がないとして「絶対的不能」を認め、そうでない行為を「相対的不能」とするものである。これは、まさに純客観説の再興論と呼ぶに相応しいものであるといえる。また、その類型化は、結果無価値論の立場に立つかぎり、基本的に首肯しうるものである。しかし、それなら、なぜ犯意や犯行計画を判断基底にとり入れる必要があるのか。大谷説は、実行の着手論における実質的客観説とパラレルな関係で展開されているが、法益侵害の事実的可能性判断に主観的事態を考慮する実質的理由の乏しいことは既述したとおりである。また、実際には、大谷説では、危険な未遂と危険でない未遂の区別の類型化に、犯意や行為計画の危険性が影響を及ぼしているようには思われない。

大谷説によって法益侵害の可能性判断がより実質化され、不能犯と未遂犯との限界基準がより鮮明になったといえる。しかし、行為者主観を考慮される点で疑問が残る。大谷説による右の類型化は、事後的な科学的、物理的判断だけで可能なのではないだろうか。

次に、大谷説の主張と相前後して、内田教授によって、基本的には純客観説によりながら、必要最小限度で具体的危険説に

よる修正を考えていくといったいわば二分説的な不能犯論が展開されている。教授は、主観的違法要素を否定し⁽³¹⁾、行為とその外部的事情によって危険判断の基準を定立される⁽³²⁾。そこで、未遂犯と不能犯との限界基準は、「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、これを不能犯とし、『たまたま』法益侵害が生じなかったにすぎないときは、これを未遂なりと解すべきである。そのうえで、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⁽³³⁾」とされる。この趣旨は、危険判断の基準を基本的に純客観説に求め、科学法則上結果発生の可能性がない場合には原則として不能犯とするが、この結論を法感情が到底許容しえないとする場合には、例外的に具体的危険⁽³⁴⁾の一般人の危険感によって可罰未遂とするものである。たとえば死体に対する殺人行為は、科学法則上結果発生の可能性がなく不能犯となるはずであるが、法感情が拒否する事例として具体的危険説により可罰未遂とされる⁽³⁵⁾。この事例は、絶対的不能の場合であるが、一般人が危険感を抱く行為として可罰未遂となる。この場合は、法益が重大で、社会心理的衝撃性⁽³⁶⁾が大きいからであろう。このように、内田説には、二分説によって謙抑性と法益保護の調和をはかろうとする意図がうかがえる。しかし、右の事例につき、「死体損壊と考えた方がより妥当で

はないか、という疑問は⁽³⁷⁾残る」とされるように、二分説によれば法感情によって結論が左右されることになってしまおうおそれがある。そのようになれば、内田教授も述べられるように、「一般人の『危険感』こそ、曖昧であり不明確であるといわなければならぬから」、安定した結論は得られない。そのうえ、科学的不能の事例を例外的にせよ危険感によって可罰未遂とすることは、そのかぎりでは法益ではなく、危険感じたいを保護することになる。法益侵害説に立つ以上、やはり科学的不能の事例は不能犯とすべきではないか。純客観説と具体的危険説の適用基準を法感情に求めざるをえない点で、内田説には疑問がある。

以上の検討の結果、純客観説の見解の判断基準は一樣でなく、不能犯の成立範囲も異なるが、純客観説への指向は、未遂犯の実質的処罰根拠を法益の危殆化に置く観点の理論的帰結として新しく展開されていることが注目されよう。

(8) 中山研一・刑法総論の基本問題二二九頁以下、同・口述刑法総論三七八頁以下。なお、純客観説に好意的な見解として、小野清一郎・前掲書八四頁以下、二七七頁以下、同「青酸加里による殺人未遂」刑事判例評釈集二一卷(昭二九)二四―二五頁。団藤重光・前掲書一五一頁。

(9) ほかに、絶対的不能・相対的不能という区別じたいが妥当でないといいきれないとするものとして、藤木英雄「板倉宏・刑法案

不能犯論の予備的考察

内(昭五五)二五九頁。

(10) 中山研一・口述刑法総論三九〇頁。

(11) 大場茂馬・前掲書八四七頁。

(12) 中山研一・口述刑法総論三八九頁。西山教授は、この点につき「銃そのものは、その本来の科学的性質からいえば殺人可能な道具である。その具体的使用の際に、たまたま弾丸のはいっていないことを知らずに発射して殺人不能の結果になったばあいは、その具体的使用方法の拙劣であり、絶対的不能でなく相対的不能であるから可罰未遂になるはずである」とされる。西山富夫「ピースかん爆弾事件と不能犯」名城法学二八卷三・四号(昭五四)七〇頁。また、装てんされていないピストルは人を撲殺しうる能力を有するから絶対的不能でないという見解もある。Albrecht, Der Unzulängliche Versuch, 1973, S. 11. しかし、ピストル本来の能力以外のものを判断の対象とすべきでない。

(13) 中山説に沿って、井上(祐)教授は、「当該手段の正確な物理的・科学的性質の確定、当該被害者の健康状態、事後の化学的変化(臭気や変色など)、操作方法(例えば本件で致死量までの空気を素手の力で注入可能か)など事後に明らかになる資料をもとにして失敗に終わった客観的な理由をたずね、必然的に失敗すべくして失敗せざるをえなかった場合は、不能犯の成立を認めることができるのではないか」とされる。この判断基準によって、判例が絶対的不能としたものはすべて不能犯、さらに空ピストルによる発砲行為や空ポケットに対する窃盗行為、不存在の特定物に対する窃盗行為などにも不能犯の成立範囲を拡大される。さらに、致死量以下の毒殺行為でも場合により不能犯を認められる点が注目に値する。井上祐司・前掲論文、一〇五頁。なお、井上説は、教授が因果関係論において「危険の実現」の理論を採用されるこ

同志社法学 三三卷五号 一二五(八九七)

不能犯論の予備的考察

との延長線上において捉えることができよう。同・行為無価値と過失犯論(昭四八)一六五頁以下、同・因果関係と刑事過失(昭五四)二三頁以下参照。

(14) 大谷実・前掲論文、中編・論争刑法一三八頁。

(15) 野村稔「実行の着手」中山リ西原リ藤木リ宮沢編・現代刑法講座三卷(昭五四)一一〇頁。

(16) 大谷実・前掲論文、同志社法学一五三号三三―三四頁。

(17) 大谷実・前掲論文、中編・論争刑法一三八頁。

(18) 大谷実・前掲論文、同志社法学一五三号三九頁。

(19) 大谷実「予備と未遂の限界」同志社法学六七号(昭三六)一〇四頁以下、同・「不能犯規定新設の是非」前掲刑法改正の諸問題五六頁以下参照。なお、性格の危険性は現在では主観的違法要素と解しておられない。

(20) 大谷実・前掲論文、同志社法学一五三号三五頁。大谷教授は、「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」とされる。

(21) かつて、墮胎罪につき、手術の時点で死胎児である場合は墮胎罪の対象とならないとした大審院昭和二年六月一七日判決(刑集六卷二〇八頁)は、一般に先例としての意義が疑問視されているが、大谷教授は「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」と評価される。大谷実・前掲論文、同志社法学一五三号四二頁。

(22) 当夜、家においても当該ベッドに寝ていない以上、つねに被害の可能性があるとは限らないのではないか。たとえば被害者が別の室で寝ていた場合とか、発砲行為直前にベッドを離れた場合とかに分けて被害の可能性をさらに類型化する必要性がありはしないだろうか。問題は、発砲行為と被害者の存在との時間的・空間的

同志社法学 三三卷五号 一二六 (八九八)

接迫性である。なお、大場茂馬・前掲書八四六頁参照。

(23) 大谷実・前掲論文、同志社法学一五三号四四頁。

(24) 西田助教授は、大谷説に従い、未遂の教唆に関して、AはBに倉庫の中が無一物であることを知りながら現金が入っているといつわってその窃取を教唆した場合、現金以外の財物窃取が可能な場合を除外すれば、客観的にみてまったく危険がないから、不能犯だといいうるのではないかとされる。西田典元「アジャンプロヴォカトゥール」・前掲刑法の争点一二九頁。これは、明らかに事後判断によっている。

(25) 平野竜一・刑法総論II三二七頁以下。

(26) 大谷実・前掲論文、同志社法学一五三号四五頁。

(27) 柏木教授は「客観的法則である以上あくまで科学的に判断されるのは当然である」とされ、たとえば毒一グラムでは人が殺せないあるいは極端な例外としてしか殺せない以上、行為者および一般人のその法則についての認識にかかわらず、一グラムの投与は殺人の実行行為でないとされる。柏木千秋・前掲論文、研修三六三号一三頁。

(28) 斎藤信治・前掲論文、一〇三頁。

(29) 大谷実・前掲論文、同志社法学一五三号四八頁。なお、手段の不能について、西山教授は「未遂犯の基本を構成する行為(手段)の評価にあたっては、具体性を多少犠牲にしても、より科学的客観的理由を根拠にした方が犯罪の本質にかなひ、より妥当であろう」とされる。西山富夫「不能犯・事実の欠如」大塚編・判例コメントンタール8刑法I(総論)(昭五一)四四〇頁。

(30) 大谷実・前掲論文、同志社法学一五三号五〇頁。

(31) 内田文昭・刑法I(総論)一六六一―一六八頁。なお、本論文三章注(22)参照。

(32) 実行の着手については、中山説と同様によりきびしい客観説を採られる。内田文昭・前掲書二五二—二五三頁。

(33) 内田文昭・前掲書二五三頁。

(34) 内田説にいう具体的危険説は通説と同じものかどうか明言されていない。

(35) 他の事例として、空ポケットに対する窃盗行為や勤務中の警察官から装着しているピストルを奪取して、同人に向けて引鉄を引く行為などが挙げられている。内田文昭・前掲書二五五頁注(11)参照。

(36) 純客観的に行為全体を社会心理的に把握する立場として、斎藤助教授の見解が注目される。それによれば、法益保護の程度は国民が一応安らかに生活できる程度で足りるとされ、危険判断の基準を、「その行為の全容(主観面、状況を含む客観面及び結果的事態)を、正常な感覚を備えた国民が認識・目撃したと仮定すれば、受けるであろうところの衝撃の有無・程度のいかん、いわば『社会心理的衝撃性』のいかん」に求める。そこで、行為者が結果の発生を可能と考えたことが、愚かさや勘違いのためである場合、社会心理的衝撃性は多かれ少なかれ弱まるとし、たとえば迷信犯は甚だしい愚かさや明瞭な無害性のゆえに実行の着手につき予定されている程度の社会心理的衝撃性を欠くことになることとされる。斎藤信治「迷信犯」藤木編刑法の争点一〇四頁。ただし、迷信犯以外について何が社会心理的衝撃性を欠くかの具体的例示はなされていない。判断基準を社会心理的衝撃性に求めることは情緒的な判断に流れやすく、また全事情を判断基底に置くことは危険概念になじまないのではないかと思われる。

(37) 内田文昭・前掲書二五三頁。

(38) 内田文昭・前掲書二五三頁。

不能犯論の予備的考察

五判例

一 判例の立場は、純客観説によるが実質的には具体的危険説に移りつつあるとの見方⁽¹⁾、方法の不能は純客観説、客体の不能は具体的危険説で処理しているとの見方⁽²⁾が強い。以下では、主要な判例を挙げ、判例の示す実質的な判断基準の構造を検討したい。

(1) 佐伯千仞・前掲書三二〇頁、大塚仁・注解刑法(昭四六)二二

四頁。

(2) 西山富夫「不能犯」藤木編・刑法I(総論)(昭五二)二六六頁。

二 方法の不能

(1) 硫黄殺人事件(大判大六・九・一〇刑録二三輯九九九頁)

〔事案〕 KはT女と同じ内縁の夫Nの殺害を共謀し、二回にわたり硫黄粉末を飲食物中および水菓中に混和してNに服用させたが、予期の効果を奏しなかったため、Kは翌日Nを絞殺した、というのであった。

主たる争点は、傷害罪と殺人罪が連続犯となりうるかどうかの罪数問題であったが、原審は硫黄粉末投与行為を傷害罪とし、殺人罪との併合罪とした。そこで、被告側より擬律錯誤の違法ありとして上告がなされた。

〔判旨〕 上告棄却。「殺意ヲ以テ二箇ノ異ナル殺害方法ヲ他

人ニ施シタル処第一ノ方法ヲ以テシテハ殺害ノ結果ヲ惹起スルコト絶対ニ不能ニシテ単タ其者ヲ傷害シタルニ止マリ第二ノ方法ヲ用キ始メテ殺害ノ目的ヲ達シタルトキハ第一ノ方法ニ依ル行為ヲ殺人罪に問擬スヘカラサルハ勿論ニシテ該行為ノ結果カ傷害罪ニ該当スルニ於テハ傷害罪トシテ処断スヘク第二ノ方法ニ依ル殺人罪ノ既遂ト連続犯ノ関係ヲ有スル未遂ヲ以テ論スヘキモノニ非ス」。

〔検討〕 本判決は判例史上はじめて不能犯の成立を認めたものである。硫黄粉末投与行為を殺人罪につき不能犯とすることで、Kに殺人未遂罪と殺人既遂罪の連続犯を適用せず、傷害罪と殺人罪の併合罪の責めを負わし、T女に傷害罪のみの罪責を認めたものである。

ところで、本件は科学的に致死の結果を生じない物質を投与する行為を不能犯とするかが争われた事案であり、こんにちまでただの一例しかない。問題は、硫黄粉末の投与行為を判例のいう「絶対的不能」といえるかどうかにある。「絶対的不能」とは何かについて、本判決は明示しえていない。判例が「絶対的不能」の意味をかなり明確化したのは、本判決の後に出了大審院昭和二年二月三日判決（評論一七号九三頁）においてである。事案は猫イラズを羊かんに塗布して毒殺しようとし致死量不足のため殺害目的を遂げなかったというものである。

裁判所は、たとえ致死量以下であっても「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、可罰未遂とした。右説示によれば、判例のいう絶対的不能とは、当該行為の客体や平均人を客体とする意味でなく、いかなる人に対しても絶対に結果発生が不可能な場合を意味することになる。このように、稀有の事態まで予想した危険性が認められている。この大審院昭和二年判決は、その後の毒物投与に関するリーディング・ケースとなった。そこで、事案が異なるにもかかわらず、右の「絶対的不能」の基準によって本判決が評価される。すなわち、絶対的不能を右のように解せば、本判決の事案の場合も、科学的にみても絶対に不能とはいえないはずであるといわれる。⁽³⁾たとえば、病弱で死に瀕している者に対してならば、硫黄粉末の投与も絶対に不能とはいえないからである。それにもかかわらず、本判決が不能犯を認めるのは、「絶対」の意味内容が緩和され、実質上は具体的危険説を暗黙の前提としているためであるといわれる。⁽⁴⁾さらに、現在では、硫黄の服用による致死の可能性がないことは常識的にも認められるから、具体的危険説によっても本件行為を不能犯となしうるといふ見解が有力である。⁽⁵⁾

しかし、私見によれば、本判決は現行刑法になつてはじめて不能犯が問題となったもので、いまだ判例のいう「絶対的不能

能」の意味内容が明確にならない時期のものであったので、昭和二年判決に照らして本判決を批評するのは妥当でないと思われる。また、具体的危険説によっても本件行為を不能犯となしうるとするが、同説の立場から本件行為は一般人にとって危険感を与えるものだから殺人未遂とすべきだと主張する論者もあり、具体的危険説ではいずれとも決し難い。⁽⁷⁾やはり、本判決は経験則・科学法則に基づき、通常の事態を予想した危険判断を行なっているものと思われる。⁽⁸⁾また、理論的に当然であるが殺人罪が不能犯でも傷害罪が成立しうるということを明示した点でも、本判決は注目に値する。⁽⁹⁾

(3) 植松正「不能犯」総合判例研究叢書刑法(3)(昭三一)一三七—一三八頁、香川達夫「不能犯」判例百選(第二版)(昭四〇)一四九頁。

(4) 香川達夫・前掲論文一四九頁。

(5) 団藤重光・刑法綱要総論(改訂版)一五五頁注(13)、福田平・前掲書一八二頁注(5)。

(6) 安平政吉・改正刑法総論(昭三七)一九八頁、植田重正「不能犯」平野・福田・大塚編・判例演習(刑法総論)(昭四六)四八頁。

(7) 西山教授は、この事例の場合、科学的知識経験の乏しい通俗人の危険感を標準にする具体的危険説を援用することは妥当でないとされる。西山富夫「不能犯」西原編・判例刑法I総論(昭五〇)一三三頁。

(8) なお、植松正「殺人目的をもってする空気の注射」警察研究三

不能犯論の予備的考察

五卷八号(昭三九)九二頁、木村亀二・前掲論文、刑事法講座二卷四三六頁、西山富夫・藤木編・刑法I二六八頁参照。

(9) 植松正・総合判例研究叢書刑法(3)一三八頁。なお、山口助教授は本件で絞殺せず硫酸投与だけで終わった場合、傷害の結果が生じても犯意の認定ができるかは疑問であるとされる。山口邦夫・阿部編・刑法(総論)(昭五五)一七三頁。本判決に関する他の評釈として、牧野英一「未遂と事実の欠缺」刑法研究二卷(六一〇)九五頁以下、莊子邦雄「不能犯」日本刑法学会編・判例演習(総論)(昭四九)三三三頁以下など参照。

(2) 空気注射事件(最一小判昭三七・三・二三刑集一六卷三号三〇五頁)。

〔事案〕 被告人は遺伝梅毒のため鼻もかけた自分の姪に保険をかけ、同女を殺害して保険金を取得する目的で、他三名の者と共謀し、同女の静脈に空気を注射して空気栓塞をおこして殺害しようとして、注射器で同女の両腕に一回ずつ蒸溜水五ccとともに空気合計三〇ccないし四〇ccを注射したが、致死量不足で殺害目的を遂げなかった、というのであった。

一審は、疾病のある者なら致死量以下でも致死の可能性があるとする鑑定書をもとに、本件でも「被注射者の身体的条件その他の事情いかんによっては死の結果発生の危険が絶対にはいえない」から未遂であるとした。原審は弁護側の控訴を退け、「一般に社会通念上は、人を殺すに足りる危険な行為とされている人の静脈に空気を注入する行為は、注入した空気の

量が三〇C・Cないし四〇C・Cであつて医学上科学上は人を死に致すに足りない場合においても不能犯であるといふことはできない」から未遂であるとした。そこで弁護側は上告し、空気注射殺人は絶対に不可能であるから、未遂を認めた原判決は硫黄殺人を不能犯とした大審院大正六年九月一〇日判決(前出)に反すると主張した。本判決は、右判決と本件とは事案が異なるので判例違反はないとしたうえ、一審の判断を鑑定書に照らして肯認し、次のように判示した。

〔判旨〕 上告棄却。「殺人の目的で静脈内に空気を注射したときは、右空気の量が致死量以下であつても、右行為は不能犯とはいえない」。

〔検討〕 空気じたいは無害物であるが、医学的には、空気を七〇c・cないし三〇〇c・c静脈に注射すれば空気栓塞による致死の結果が生じるといわれる。従つて、本件は致死量以下の毒物投与の事案とみることができ。論点は、注射した量が致死量かいなか、いいかえれば、どの程度の量であれば絶対に危険でないといえるかにある。従来の判例は、致死量不足の殺虫剤アンチムーズによる殺人行為につき「偶々使用分量ヲ誤リテ致死量ニ達セス」として未遂を認めた大審院大正八年一〇月二八日判決(新聞二六四一号二頁)以来、一貫して量の多少を問題としていない。致死量以上の毒物の場合、たとえば米の入

た釜のなかに過大量の青酸カリを投じて毒殺しようとしたが、異様なにおいと味がして食事を中止したため、殺害目的を遂げなかつたという事案につき、最高裁は「何人もこれを食べることは絶対ないと断定することは実験則上これを肯認し得ない」として未遂を認めている⁽¹⁰⁾(最一小判昭二四・一・二〇刑集三卷一号四七頁)。他方、致死量以下の毒物の場合、既述の大審院昭和二年判決のように、服用者の体質いかんによっては致死の危険性がありうるとして不能犯は認められていない⁽¹¹⁾。前者の場合、臭気やいやな味でのどを通ることがなければ純客観説では絶対的不能となるはずであると、しばしば指摘される⁽¹²⁾。これに対し、本説を擁護する立場は、青酸カリじたい有毒であることが科学的に明白であり、事情によっては食する者もありうるから危険である⁽¹³⁾とされる。私見によれば、毒殺の実行行為は、被害者に毒物を服用させた段階までを予定していると解される。すなわち、毒入りのみそ汁を食卓の用に供した段階で実行行為が開始され、被害者にそれを服用させた段階で終了したといえる。前者の段階で失敗すれば着手未遂、後者の段階で失敗すれば実行未遂と考えるのである。着手未遂と実行未遂の区別の一つの適用である。この考え方でいくと、そのみそ汁を食卓の用に供した段階では、被害者がそれを食しうるかどうかは重要でない。なぜなら、みそ汁が食卓の用に供され、被害者も食卓についた

が、腹痛その他何らかの事情でみそ汁をとらなかつたとしても、未遂の成立を否定できないからである。⁽¹⁴⁾従って、科学的に致死の危険性のある毒入りみそ汁を食卓の用に供すれば未遂が成立し、不能犯を論じる必要はない。⁽¹⁵⁾仮に、食しうるかどうかを問うとしても、事情によっては食しうるとする考え方は、条件の置き方を広げすぎているのではないかと思われる。

ところが、致死量以下の毒物の場合は、致死の可能性の有無は重要である。科学的に致死の可能性が全く無く、人体に有毒に作用する量にすら達しない毒物をみそ汁に混和して食卓の用に供しても、黄燐などごく少量ならばかえって人体に有益なものもあるほどであるから、それを殺人の実行行為とみなすことは、純客観説の見地からは本来なしえないはずである。「いやしくも毒薬を手段に使ったということだけで（分量は全く無関係に）直ちにその行為を可罰未遂とする評価は、あまりにも抽象的すぎる⁽¹⁶⁾」といえよう。本件の場合、空気注射の致死量は低い方の鑑定で七〇c・cないし一〇〇c・cとされ、致死量の基準が示されている。しかし他方で、三〇c・cないし四〇c・cでも「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危険が絶対にはいえない」という表現で、致死の危険性を認めている。そこで、本判決も従来判例どおり稀有の事態まで予想した「絶対的不能」という危険概念を採用して

不能犯論の予備的考察

いると一般に評価されている。⁽¹⁷⁾本判決の結論を正面から反対する立場はないが、空気を多量に注射することの技術的困難性なども含め、未遂を認めたのは「純主観説によってはじめて正当化されるほど、オーヴァーな危険感が作用したものと考えられないこともない⁽¹⁸⁾」との評価もなされている。もっとも、本件では、被害者が遺伝梅毒という疾病を有していたという事情がある。本判決も、既述の疾病のある者なら致死の危険性がありうるとする鑑定書を肯認するから、医学的・科学的判断を重視しているとはいえる。ただ、問題は、それを一般論として肯認しただけで、遺伝梅毒を患っていたという事情を具体的事情として考慮していないところにある。⁽¹⁹⁾しかしながら、「この場合、どのような身体の変換を想定し、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⁽²⁰⁾」。従って、本判決が未遂を認めたことは直ちに不当とはいえないし、純主観説的な危険感が作用したとも思われない。むしろ、少しでも空気を注射すれば致死にいたると一般人は観念するといふ具体的危険説を採用した原審の判断⁽²¹⁾よりは科学的である。

(10) 同種の事案として、過大量の猫イラズ投与による殺人行為につ

不能犯論の予備的考察

同志社法学 三三卷五号 一三二 (九〇四)

いて同様の理由で未遂としたものがある。高松高判昭二七・一〇・七高刑集五卷一〇号一九一九頁。また、苦味がはなはだしいストリキニーネによる殺人行為についても同様の理由で未遂としたものがある。最三小判昭二六・七・一七刑集五卷八号一四四八頁。

(11) ほかに、致死量以下の黄燐による殺人行為について「毒物ハ人ノ致死量ニ達セサル場合ト雖、摂取者ノ身体的状況其ノ他ノ事情ニ依リ死ノ結果ヲ惹起スルノ危険ナキヲ保セサルコト経験則上顯著ナル」として未遂を認めたものがある。大判昭一五・一〇・一六刑集一九卷六九八頁。なお、最近、致死量不足の猫イラズによる尊属殺人行為について、猫イラズの量が致死量の約六分の一ないし三〇分の一という少量であること、胃酸カリほど毒性が強くないことは一般の認識であり、被告人も猫イラズの毒性がその量いかにかわからず人命に影響するとの認識はなかったと認められることなどの理由で無罪とした判例がある。秋田地裁大館支部判昭四二・七・二九判時五〇七号七八頁。

(12) 植松正・総合判例研究叢書刑法(3)一四二頁。
(13) 大谷実・前掲論文、中編・論争刑法一四二頁。
(14) 中義勝・前掲論文、同編・論争刑法一二二―一二三頁。
(15) 同旨のものとして、香川達夫・団藤編・注釈刑法総則(3)五〇二―五〇三頁。

(16) 西山富夫「不能犯(1)」刑法判例百選I総論一六二頁。
(17) 植松正・前掲論文、警察研究三五卷八号九七頁、香川達夫「殺人の目的で他人の静脈に空気を注射する行為と不能犯」判例時報三〇三号(昭三七)二二頁、藤井一雄「殺人の目的で静脈内に空気を注射する行為と不能犯」法曹時報一四卷五号(昭三七)一三七頁、仲地哲哉「殺人の目的で静脈内に空気を注射する行為と不能犯」法学研究(愛知学院)六卷二号(昭三九)一二五頁など。

なお、稀有の事態まで予想した危険性を問題にすると、判例の「絶対不能」の意味は、「誰が行なっても、何時行なわれても、何処で行なわれても、また、何人(物)に対して行なわれようと、そのような行為によっては意図された結果の発生は不可能である」となるといわれる。秋山哲治「未遂犯及び不能犯」刑法演習問題55講(昭五〇)一九〇頁。

(18) 西村克彦「不能犯」学説展望ジュリスト三〇〇号(昭三九)二九九頁。
(19) なお、井上正治「殺人の目的で静脈内に空気を注射する行為と不能犯」判例研究刑事法上巻(昭四〇)九五頁参照。
(20) 大谷実・前掲論文、同志社法学一五三号四五頁。それは、たとえ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と同じであるとされる。なお、大判大一一・二・二四刑集一卷七六頁参照。

(21) 判例時報二八一号(昭三六)一二頁以下。なお、原審の判断を抽象的危険説によると理解するものとして、八木胖「不能犯と危険説」法律のひろば一五卷二号(昭三七)二四頁。※毒殺の事例で具体的危険説によることを明示したものとしては、苛性ソーダによる毒殺行為につき未遂とした朝鮮高判昭八・七・一七評論二二卷刑法三四六頁がある。

(3) 欠陥爆弾投てき事件(最三小判昭五一・三・一六刑集三〇巻二号一四六頁)。

〔事案〕 被告人は、数名の者と共謀して、治安を妨げ、人の身体、財産に危害を加える目的をもって、手製爆弾の導火線に点火してこれを機動隊の庁舎正門付近に投てきしたが、右爆弾

は雷管と導火線とが接着剤により固定されていたために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ので、爆発しなかった、というのであった。

右行為は、爆発物取締罰則一条の爆発物使用罪に該当するとして起訴されたが、一審は、右欠陥爆弾を点火投てきしても「絶対的に爆発しない」から使用罪にあたらなかった。そこで検察官は控訴したが、二審は一審の判断を支持して控訴を棄却した。これに対し、検察官上告がなされ、原審は大審院大正七年五月二四日判決(刑録二四輯六三頁)ほかに違反するなど主張された。本判決は、判例違反の点は本件と事案を異にするから適切でないとしたうえ、職権調査により、次のように判示した。

〔判旨〕 破棄差戻。 本判決は、①本件爆弾は爆発すべき基本的構造、性質を有すること、②接着剤の使用が導火線への点火による爆発をつねに不可能ならしめるものでないこと、③行為当時、被告人は確実に爆発させようと信じ、一般人もそう信じるのが当然の状況であったことを前提として、本件行為が使用罪にあたるかどうかの解釈は単に物理的判断だけでなく、本条の立法趣旨、罪質、保護法益を考慮した判断が必要であるとしたうえ、「本件爆弾には原判示のような欠陥はあったものの、これは基本的構造上のものでなく、単に爆発物の本体に付属

する使用上の欠陥にとどまるものであるから、法的評価の面からみれば、導火線に点火して投げつけるといふ方法により爆発を惹起する高度の危険性を有するものと認められ、したがって被告人らが爆発物取締罰則一条所定の目的で、本件爆弾の本来の用法に従い、これを爆発させようとして導火線に点火して、警察官らが立番中の第八、第九機動隊の正門にめがけて投げつけた行為は、結果として爆発しなかったとしても、爆発物を爆発すべき状態においたものであり、同条にいう『爆発物ヲ使用シタル者』にあたる」と解すべきである」と判示した。

〔検討〕 爆発物の「使用」の意義は、大審院大正七年五月二四日判決(前出)が「同条所定ノ目的ヲ達スルカタメニ爆発可能性ヲ有スル物件ヲ爆発スヘキ状態ニ措クノ謂ニシテ現実ニ爆発スルコトヲ必要トセス」と判示して、既遂のほか実行未遂の形態も含むことを明らかにした。以後の判例・学説も、これにほぼ従っている。そこで、欠陥導火線のついた本件爆弾の点火投てき行為が実行未遂の形態、すなわち「爆発スヘキ状態ニ措いたといえるかどうかが問題となる。本件一・二審判決は、第一に、東京高裁昭和二九年六月一六日判決(東高刑時報五卷六号二二六頁)を典拠として、本件爆弾の導火線と雷管の固定方法に欠陥があり、そのままでは導火線に点火し投てきしても絶対に爆発を起さず危険性のないものであったと物理的に判断し

て、本件行為は「使用」にあたらなとし、第二に、検察官から本件行為は可罰的な実行未遂にあたり、不能犯でないと主張されたのに対し、使用罪は挙動犯であるから「不能犯の法理」は働かないとして、その主張を退けた。

まず第二の点からみると、使用罪は挙動犯であるが、少なくとも「爆発スヘキ状態」という何らかの法益侵害の危険の発生を要するから実質犯⁽²⁴⁾であり、犯人の具体的目標とする人の身体、財産を害する状態に措くことまでも要しないから、抽象的危険犯の一種と解される。従って、使用罪においても、結果発生の一般的可能性があるかどうかという点で「不能犯の法理」が十分働き、不能犯論は既遂犯と不能犯とを分かち基準として用いられる⁽²⁶⁾。実際に、一、二審判決も、不能犯論を否定しながら、不能犯を認めた前記東京高裁昭和二九年判決を無罪の典拠としているのである。

次に、第一の点につき、一、二審は本件爆弾を点火投てきしても「絶対的に爆発しない」という表現を用いており、事後の鑑定結果を重視した科学的判断を行なって、一般人の危険感には全く依存していない。問題は、本件爆弾の導火線の欠陥を前記二九年判決のものと同一レベルでみている点である。二九年判決の事案は、手榴弾を箱に詰めて長期間地中に埋めておいたところ、鉄筒内に爆薬はあるが雷管と導火線との結合が悪く、

さらに導火線じたいも湿気を吸収して質的变化をおこし、そのため手榴弾本来の性能を欠いており、工場用のハンマーで急激な摩擦を加えるか、摂氏二〇〇度以上の熱を加えなければ爆発せず、単に投てきただけでは全く爆発しないというものであった。これに対し、本件爆弾は鑑定結果から根本的構造上の欠陥はないこと⁽²⁸⁾、接着剤が黒色火薬に必ず浸透するとも受けとれないことなどから、少し条件さえ整えば爆発可能性が存在するものであった。従って、一、二審の「絶対的に爆発しない」という判断は妥当ではなかったといえる。

以上を前提として、本判決を検討する。本判決は、「[判旨]」の項で挙げたとくに③の点をとらえて、具体的危険説によるものという評価が支配的である⁽²⁹⁾。しかし、本説によると、①と③の判断はなされても、②の判断はなされないはずである。なぜなら、導火線の欠陥は科学的分析によって事後になってはじめて知られた事情だからである。本説では、行為当時に本人はもちろん一般人が見ても爆発物と思えるものを点火投てきすれば当然「使用シタ」ことになり、後に判明した導火線の欠陥は考慮外に置かれる。なぜなら、たとえば前記二九年判決は、本説によれば「長い間土のなかに埋れていて外見上もぼろぼろになり、もはや爆発しないことが明らかだという場合ならばとにかく、本件のように手榴弾の形をもったものである以上、未遂犯

としてもよかったと思われる⁽³⁰⁾と評価されるからである。

本判決は、事実判断⁽²⁾において、接着剤の使用は通常の方法でないとしても、その方法による爆発が絶対的に不可能だとはいえないとしているわけであり、純客観説の判断基準を維持している⁽³¹⁾。そこには、より専門的、科学的な判断がみられる。そして、本件は⁽¹⁾と⁽²⁾で可罰性を認めうるものであったので⁽³²⁾、むしろ本判決は⁽³⁾の点を強調する必要性に乏しかったといえよう。以上の考察により、本判決は、暗黙的に「不能犯の法理」を適用し、純客観説を基本にしつつ具体的危険説を加えた判断を示しており、具体的危険説だけでは把握しきれない判例であることが判明した⁽³³⁾。本判決は、危険判断の基準を具体的に提示した点で注目される⁽³⁴⁾。

(22) 最一小判昭和四二年二月三日(刑集二二卷二号三二二頁)は、「一般的に治安を妨げ、または犯人以外の人の身体もしくは財産を害するおそれのある状況の下において、爆発物を爆発すべき状態に置けば足り、犯人の具体的目標とする人の身体もしくは財産を害する状況の下に置くことを要するものではない」とする。

(23) 大塚仁・特別刑法(昭三四)六九頁、木宮高彦・特別刑法詳解一卷(昭三六)三四七頁。なお、爆発物取締罰則一条にいう「使用」の意義について、『爆発物取締罰則説明』(司法資料別冊一七号「日本近代法令集下」三二二頁)参照。

(24) 同旨、白井滋夫「導火線に欠陥のある爆弾の点火、投てき行為と爆発物使用罪の成否」法律のひろば二九卷六号(昭五一)五二

不能犯論の予備的考察

―五三頁、曾根威彦「爆発物取締罰則一条の爆発物使用罪の成否」判例タイムズ三三七号(昭五一)九四頁。

(25) 最一小判昭四二・二・二三(前出、本論文本章注⁽²²⁾参照)。

(26) 曾根威彦・前掲論文九四頁。なお、曾根助教は本件を使用未遂罪にあたりと解されるが疑問がある。奥村正雄「爆発物取締罰則一条の『使用』の意義と不能犯の法理」同志社法学一五一号(昭五三)五九頁。

(27) 具体的危険説の立場から本件一、二審判決に反対するものとして、鎌原俊二「爆発物使用罪と不能犯」警察研究四六卷五号(昭五〇)五〇頁以下。なお、一審は東京地判昭四八・一〇・二三判例タイムズ三〇三号二六三頁、二審は東京高判昭四九・一〇・二四判例タイムズ三二〇号三〇六頁参照。

(28) 導火線の欠陥を根本的構造上の欠陥でないとみたことの大きな理由の一つとして本判決が導火線を爆発物取締罰則三条にいう「其使用ニ供スヘキ器具」と解したことにあると考えられる。これに対し、一、二審判決は導火線と爆弾本体を一体として「爆発物」とみたとされる。奥村正雄・前掲論文五五―五七頁、およびそこに挙げられた論文を参照。

(29) 白井滋夫・前掲論文四九頁、内藤丈夫・最高裁判所判例解説、法曹時報三〇卷三号(昭五一)一六六頁、中野次雄「爆発物取締罰則一条にいう爆発物の『使用』の意義」判例時報八二五号(昭五一)一六二頁など。

(30) 平野竜一・刑法総論Ⅱ三二八頁、中義勝・前掲論文、同編・論争刑法一二二頁。

(31) わが国の刑事実務家には、純粋な客観的危険性を重視する気持が強いという指摘がある。中野次雄・前掲論文一六二頁、西山富夫・大塚編・判例コンメンタル刑法Ⅰ四四〇頁参照。なお、科

同志社法学 三二卷五号 一三五(九〇七)

学的判断を重視した下級審判例として、覚せい剤の主原料が真正のものではなかったので覚せい剤を製造できなかった事例につき不能犯を認めたものがある。東京高判昭三七・四・二四高刑集一五巻四号二一〇頁。ただし、真正であるが量不足の場合は未遂である、最三小決昭三五・一〇・二八刑集一四巻二二号一五五九頁。

(32) さらに使用罪の罪質の点も考慮されよう。奥村正雄・前掲論文六四頁。

(33) 本判決を従来の判例と基本的に変りがないとするものとして、西山富夫「ピースかん爆弾事件と不能犯」名城法学二八巻三―四号（昭五四）七五頁。

(34) 本判決に従い、乾電池の電流値が低いために現実に爆発する可能性がない電気雷管付ダイナマイトにつき爆発物使用（未遂）罪の成立を認めた事例として、東京高判昭五三・四・六判例時報九〇八号一二二頁。

(4) 一般線引小切手詐欺事件（東京地判昭四七・一一・七月報四号一八一七頁）

〔事案〕 被告人は、公衆電話ボックス内で拾得した金額五万円の小切手一通の裏面に、行使の目的をもって同小切手の支払人たるS銀行N支店に対する小切手金額の受領証書としての虚偽の裏書をなし、同支店の預金窓口係に対し、右裏書が真正に作成されたものであり、かつ、正当権限者による適法な小切手の呈示であるように装って提出して行使したが、同係員にすでに紛失届が出されている小切手であることを発見されたために、

金員騙取の目的を遂げなかった、というものであった。

被告人は、遺失物横領、有印私文書偽造、同行使、詐欺未遂の訴因で起訴された。本判決は、詐欺未遂だけを次の理由で無罪とした。

〔判旨〕 「本件小切手は小切手法三七条三八条にいう一般線引小切手であって、一般線引小切手は支払人たる株式会社埼玉銀行中野支店において銀行に対し又は「支払人の取引先」に対してのみこれを支払うことを得るもの（同法三八条一項）であるから、被告人が『支払人の取引先』であることを装わないかぎり、該小切手の換金化は通常不能であって、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を提出して正当な所持人であ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いうべく、刑法二四六条一項の罪に当たらないと解すべきである」。

〔検討〕 本判決は、遺失物横領後の詐欺行為を不可罰的事後行為とみなさず、⁽³⁵⁾ 新たな法益侵害の可能性の有無を問ひ、本件ではこれを否定したものである。詐欺罪において不能犯が問題となる事案は種々あるが、本件は被欺罔者が法律関係や手続関係の専門家である類型に属する。この類型では、とくに訴訟詐欺について問題となるが、本件は被欺罔者が司法実務以外の者である点に特徴を有する。争点は、小切手の持参人に現金を直

ちに支払う持参人小切手と異なり、不正な所持者に支払う危険を避けるため、支払人たる銀行が取引先のみ支払う一般線引小切形を利用して、持参人払小切手と同じ方法で現金を騙取する行為が欺罔行為といえるかどうかである。

ところで、欺詐罪における欺罔行為は、相手方を錯誤に陥らせ、財物の交付または財産的処分を行なう意思決定をさせる可能性のあるものでなければならぬ。従って、その可能性のないものは欺罔行為といえない。その可能性をどこで限界づけるかが、問題である。この点につき、訴訟詐欺に関する大審院昭和二年六月二〇日判決（刑集六卷二二六頁）は、債権の一部につき弁済済みという変造利息証明書を提出し、競売開始決定に対する異議申立をなした行為を、「裁判所ハ債権ノ一部弁済ヲ調査スルコトナク、異議ヲ理由ナキモノトス」と判示して不能犯と認めた。これに対し、裁判所が財産的利益の得失を具体的に判断しようとする段階になって不正が発覚した場合で、提出された偽造・変造の文書がその判断に影響を及ぼしうるものは不能犯とされない（大判昭八・一〇・二〇刑集二二卷一八四五頁、大判昭一〇・一一・二二刑集一四卷二二七九頁など）。従って、速断は避けねばならないが、欺罔行為を不能犯とする一つの基準は、財産的利益の得失を判断する以前の段階で、手続じたいが司法手続上形式的に無効であるかどうかにあるといえるように思われる。⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾

不能犯論の予備的考察

無効であれば、相手方を錯誤に陥らせる前提を欠き、「絶対的」に欺罔の可能性はないといえる。

そこで、本判決を検討すると、本件は態様において大審院昭和二年判決と類似している。すなわち本件においても、現金騙取の目的で持参人払小切手と同様の方法で偽造にかかる一般線引小切形を提出した行為が、預金窓口係が現金の支払につき判断する以前の段階で、手続上形式的に無効であるとされている。「支払人を欺罔することが定型的に不能である」という表現は、本件一線引小切手が銀行業務上無効であるがゆえに、預金窓口係が錯誤に陥る可能性がないということの意味する。本件で紛失届がすでに出されていた事情は、考慮の必要がない。なぜなら、確かにそれは不正の発覚の要因となっているかも知れないが、紛失届が出されていなくても、そもそも本件小切手は銀行側に有効なものとして受けつけられないからである。もっとも、現金によって新規預金契約を締結し、それと同時に、あるいはその直後に線引小切手を受入れる実業界の慣行を利用したり、裏判を偽造する方法によれば一般線引小切手利用の現金騙取行為も絶対に不能とはいえないとする見方がある。⁽³⁸⁾しかし、本判決は判決理由のなかでその点について触れ、そのような慣行は例外的なものであり、本件では裏判利用の欺罔手段もとられていないとして、条件の置き方を稀有の事態にまで広げていない。

従って、本判決は一般的な経験則を基準とする判断を行なっている。

本件は、事前の一般人の危険感を基準に判断すれば、不能犯を認めることは困難な事案であった。本判決が条件の変化を当該行為の手段の状況の変化に限定して、一般的経験則上の判断によって不能犯を認められた点は注目に値する。本判決は手段たる行為事実の欠缺を内容とした定型説を採用したものと評価されているが、⁽³⁹⁾純客観説によって把握しうるものといえる。

(35) 赃物の処分が詐欺罪の構成要件に該当する場合、それを不可罰的事後行為とみなすかどうかの問題があるが、新たな法益侵害の可能性があるかぎり不可罰的事後行為といえないとするのが判例の態度である(最一小判昭二五・二・二四刑集四巻二号二五五頁、最二小判昭三八・五・一七刑集一七巻三三六頁)。東京地裁昭和四七年判決が詐欺罪の点を不可罰的事後行為としない理由は、詐欺未遂と私文書偽造・同行使とは牽連犯として科刑上一罪の関係にあるとみなすからである。

(36) 同旨、西山富夫「不能犯」昭和四八年度重要判例解説(昭四九)一二七頁。

(37) このような基準で不能犯を認めたとと思われる最近の下級審判例として、納付すべき罰金の一部を免れるため、略式命令膳本の罰金額を改ざん変造したうえ、納付通知書に代えて右膳本とこれに対応する金額の現金とを郵送し、検察庁罰金徴収係事務官に提出した行為につき、有印私文書偽造、同行使罪の成立は認められたが、詐欺未遂罪の成立を否定したものがあつた。不可罰の理由は、その

ような行為のみでは、徴収係は必ず徴収金伝票により調査確認することを手続上要請されており、徴収係が錯誤に陥ることを予想しえないからである。なお、同判決では国家的法益を侵害しようとしたにすぎない点も不可罰の理由の一つとされている。水戸地判昭四二・六・六判例時報四九六号八九頁。

(38) 西山富夫・前掲論文二二六頁、同・西原編・判例刑法I一三六頁。

(39) 西山富夫・前掲論文二二七頁、同・西原編・判例刑法I一三六頁。

三 客体の不能

(5) 死体殺人事件(広島高判昭三六・七・一〇高刑集一四巻五号三一〇頁)。

〔事案〕 被告人Fは殺意をもって被害者に拳銃を発射し、同人の左側胸部などに命中させたが、被告人Tは右拳銃の発射音を聞くやいなやFを応援加勢して日本刀で止めを刺そうと企て、上向きに倒れている被害者がまだ生きていると信じ、殺意をもって同人の前胸部などを突き刺した、というものであつた。

原審は、被害者の刺、切創は生前の頻死時近くに発生したものと推測されるとの鑑定書をもとにして、被告人兩名に殺人罪を認めた。これに対し、弁護側は控訴し、TはFの銃撃によりすでに死亡していた被害者の死体に損傷を加えたにすぎないとして、Tの所為につき原審判断には事実の誤認があると主張し

た。

本判決は、被害者はTの銃撃により純医学的にはすでに死亡していたとの当審鑑定書をもとにして、弁護側の主張を一部認めた。

〔判旨〕 一部破棄自判。「犯人が行為当時被害者の生存を信じていたばかりでなく、一般人を以ってしてもそのように信ずるであろうと考えられる状況下において、殺意を以って人を殺害するに足る行為のなされた場合には、たとえ後日鑑定の結果、行為の寸前被害者が死亡していたことが判明するに至ったとしても、行為の危険性から判断して死体損壊罪とすべきではなく、殺人未遂罪と認定するのが相当である。」

〔検討〕 本件の争点は、加害当時すでに死亡している者に対する殺人企行が殺人未遂か不能犯（死体損壊罪の成立は別）かである。本判決は、判決理由のなかで、被害者の生死は専門家の間においても見解が分れるほど医学的にも限界が微妙な事案であるから、Tが加害当時被害者の生存を信じていただけでなく、一般人もその死亡を知りえなかったこと、従って右加害行為により同人が死亡するであろうとの危険を感ずることはいづれも当然であり、このような場合にTの加害行為寸前に同人が死亡していたとしても、「それは意外の障害により予期の結果を生ぜしめ得なかったに止り、行為の性質上結果発生の危険が

ないとは云えない」と述べ、殺人未遂罪を適用した。この結論は、行為者が被害者の生存を信じ、一般人もそう信じうるといふ事前の事情に基づいて、一般人の危険感を基準に危険判断を行なっているから、具体的危険説を採用したものであり、一般的に支持されている。本判決は、従来判例との関連において、どのように理解すればよいだろうか。

ところで、客体の不能について不能犯が問題となるのは、とくに財産犯にその例が多く、生命、身体に關するものは、本件のほか墮胎罪の事例があるだけである。財産犯については、とくに奪取罪にその例が多い。たとえば金品等の懐中物のない者に対する奪取は、通行人が懐中物を所持することは「普通予想シ得ヘキ事実」（大判大三・七・二四刑録二〇輯一五四六頁）とか「通常ノ事例」（大判昭七・三・二五評論二二卷刑法二八頁）という理由で、「仮ニ現金カ其ノポケット内に存在セザリントスルモ不能犯ニアラス」（前出大判昭七・三・二五）（傍点筆者）とされる。これらの判例の場合、客体が全く不存在であったというわけではない。⁽⁴⁰⁾判例は犯人の手を入れた「其ノ」ポケットのなかに通常あるべき財物がたまたまなかったということ⁽⁴¹⁾を不能犯の抗弁としないと考えているように思われる。犯人の手を入れた右ポケットに現金はなかったが左ポケットに入っていた場合は、⁽⁴¹⁾窃取の可能性があるからである。従って、財産が全く存在しな

い場合まで未遂犯が成立するとしているのか不明である。⁽⁴²⁾ また、不存在の特定物に対する窃盗行為などでは、「財物を物色した」から窃盗の未遂があるとされ（大判昭二・一一・二七刑集二五巻五五頁、最小判昭二三・四・一七刑集二巻四号三九九頁）、他人の占有侵害行為があれば実行の着手を認め、特定物の存否は未遂犯の成立にとって重要でないとみている。窃盗の着手は財物があれば足り、特定物である必要がないからである。このように、判例は財物の存否を考慮しており、その判断は純客観説の路線上にあるものと思われる。従って、実行に着手後の客体不存在の事実⁽⁴³⁾は未遂犯の成立に影響しないとするのが判例の基本的な認識であるとする見解や、結果的要件に拘泥せず、行為無価値の理論（具体的危険説）⁽⁴⁴⁾を採用しているとみる見解にはにわか賛成しえない。

では、生命、身体に対する罪についてはどうか。この場合は、財産以上に、客体の存否や事情が法益の危殆化に重要な意味をもつ。殺人罪や墮胎児では、犯行時に人ないし胎児が生活機能を有していることが必要だから、「客体と不可分の生命の危険が発生しなければ、未遂犯としての特質と危険性は認められない」⁽⁴⁵⁾。このことを明らかにしたのが、大審院昭和二年六月一七日判決（刑集六巻二二八頁）である。事案は、妊婦から囑託を受けた医師と産婆が同女に墮胎手術を施し、胎児を分娩させた

いうものであるが、弁護側は手術時には死胎児であった疑いが大きいと主張した。裁判所はこれを退けたが、傍論として「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カ生活ヲ保有スルコトヲ要シ否ラサル場合ニ於テハ墮胎罪ヲ構成セサルモノトス」と判示した。従って、事前、事後を問わず、行為当時死胎児であるものは、墮胎罪の客体とならない。傍論ながら、この点を明示した右判決は、先例としての意味を疑う見解が有力だが、⁽⁴⁶⁾一定の意義を有している。右判決の論旨は、殺人罪についてももちろんあてはまる。

以上の認識をもとにして本判決を検討すると、本判決は殺人罪の客体が欠缺し、従って、生命の危険の前提を欠くにもかかわらず、「死体」に対して死の結果発生⁽⁴⁷⁾の危険を認めてしまった。これは大審院昭和二年判決の論旨と合わないし、刑法一九九条の解釈上も疑問がある。行為者と一般人が被害者の生存を信じていたというだけで、「死体」を「人」とみなすことには問題がある。そこで、本件では死体を損壊したにすぎない以上、殺人の可能性はありえないから死体損壊罪が成立するべきであるとして、本判決を批判する見解があるが、⁽⁴⁸⁾本判決が「死体」と認定する以上、この批判は妥当である。もっとも、本判決が不能犯とすることをためらったのは、被害法益の重大なことのほか、鑑定書をもってしても生死の限界が微妙であるという特

殊事情のあったことによるものと思われる。⁽⁴⁹⁾すなわち、本件は科学的見地からも、生死の限界がつきかねる事案であった。従って、事後的にみて死体であることが明白な場合にまで、行為者および一般人が生者と信じたというだけで、判例が具体的危険説に立って死体に対する殺人未遂を認めるとは断言しえない。⁽⁵⁰⁾以上の検討の結果、本判決は判例の一般的な態度を示すものとはいえず、判旨には疑問があるといわなければならぬ。

(40) 平野竜一・前掲論文、法学セミナー一三九号四九頁、同・刑法総論Ⅱ三三〇頁。

(41) 福岡高判昭二九・五・一四判特二六号八五頁は、被害者が金員を左外ポケットに入れていたため難を免れたという事案につき、「通常人が外出に際し金員を所持することは一般の事例であるから、たまたま被害者が犯人の目ざした個所に金員を入れていなかったからといい」窃盗の不能犯とならないとした。この事案では、財物が存在し、窃取の可能性があった。

(42) 大谷実・前掲論文、同志社法学一五三号四二頁。

(43) 香川達夫・団藤編・注釈刑法(2)のⅡ四九七頁。

(44) 西山富夫・前掲論文、藤木編・刑法Ⅰ二六八頁、同「殺意をもって死者に撲傷を加えた事例」刑法各論ハンドブック(昭五二)三五頁。

(45) 西山富夫・刑法各論ハンドブック三四頁。

(46) たとえば平野竜一・刑法総論Ⅱ三二九頁。

(47) 大谷実・前掲論文、中編・論争刑法一四七頁、同・前掲論文四二―四三頁。

不能犯論の予備的考察

(48) なお、本判決の結論したいは認めるが、判旨に批判的な見解がある。山口邦夫・前掲論文、阿部編・刑法〔総論〕一七六一―一七七頁。これは、本判決が死体に対する殺人を認めた点に一九九条の解釈の誤りがあるとしながら、本件は殺意をもって日本刀をたずさえて加勢しようとする被害者を追跡した時に実行の着手を認めれば加害行為す前に他人が死亡していたとしても障害未遂となるとするものである。しかし、認定によれば、被告人が犯意を抱いた時点は射撃後のことであるから、その時点では射撃により被害者は死んでしまったものといえる。仮にその時点では生存していたとしても、日本刀をたずさえ追跡する段階で着手を認めるのは早いように思われる。

(49) 西山富夫・刑法各論ハンドブック三五頁。

(50) 大沼邦弘「不能犯(2)」刑法判例百選Ⅰ総論一六四頁。

四 以上、五件の主要な不能犯判例を中心に、わが国の判例の態度を検討してきた。ほかに不能犯が問題となった事例は多く、検討すべき判例も残されている。従って、わずか五件の判例およびそのなかで検討した関連判例だけから、判例の態度を結論づけることは早計にすぎようが、少なくとも次のことはいえるように思う。

判例は、(1)のケース以来こんにちまで、事後的立場を捨てていない。方法の不能では、毒殺の事例などで稀有の事態まで予想した危険性を認める側面もあるが、(3)のケースにおいてもみられるように、純客観的な行為の危険を問題にする態度が維持

同志社法学 三三二巻五号 一四一(九二二)

されている。少なくとも、一般人の危険感だけに頼ってはいない。(4)のケースでは、一般人の危険感ではなく、事後判断によって一般経験則に基づく危険判断が行なわれている。また、客体の不能についてみると、財産犯では財物の存否は決して軽視されていないし、生命犯でも墮胎罪の事例で、行為時に客体が客観的に存在する必要があることが一応確認済みである。しかし、(5)のケースでは、客体は事前的に存在すれば足りると思えられている。ただ、(5)は特殊事情のあるケースであったことを看過しえない。従って、生命犯については判例の集積にまたないと、判例の態度を明確にしえない。

判例の純客観説は必ずしも明確で統一的とはいえないが、判例は少なくとも具体的危険説よりは可罰未遂の範囲を狭く解している。

六 むすび

一 以上、わが国における不能犯論の現状と判例の態度を検討した。結局、法益侵害の客観的な危険性を処罰し、主体の不能の一律的不可罰性を理論的に説明することは、行為無価値を重視する具体的危険説による危険判断の方法では困難である。従って、結果無価値を強調し、危険判断の客観化・実質化をはかることによって不能犯と未遂犯の限界を画する基準をより合

理的に設定する新たな危険概念の構築が必要である。具体的危険説の修正論および純客観説の見解は、事後判断の採用ないし行為者主観の排除によって、危険判断の客観化・実質化をはかる。ただ、そのためには、行為者主観を判断資料から排除することではならず、事後判断の採用が必要である。すなわち、行為無価値としてではなく、結果無価値としての危険性を判断するためには、行為当時に存在する具体的な事実を看過しえず、行為のもつ法益侵害の可能性判断においては主体、客体、方法の客観的事情が影響を及ぼし、危険性の存否を分かつ。従って、事後的事情を考慮して、行為の外部的事情を判断資料とした科学法則に基づく危険概念の構築が必要である。そこで、その必要性にこたえるのにもっとも適応すると思われる純客観説の見解を全面的に展開すべきであると考える。その展開によって、こんにち依然として事後判断を維持している判例の判断基準の明確な指針が提示されるべきであろう。もっとも、同説には純客観説への指向がみられるものの、さまざま主張があり、事後に判明した事情を判断資料に採り込む基準が一定しないので可罰未遂の限界基準が統一的でない問題や、行為者主観の考慮の問題などが残っており、いまだその判断構造が完成されていない。それを完成し、客観的未遂論にもっとも適切な危険概念の構築が切望される。

二 ところで、事後判断を含めた危険判断の方法は、最近の西ドイツやイギリスにおいてもみられる。新刑法典のなかに不能未遂規定第二三条三項⁽¹⁾を新設した西ドイツでは、「印象説」(Eindrucks theorie)⁽²⁾が次第に有力となりつつある。法益に対する外部的行為の危険性を問題にする点で従来の主観説よりも危険判断を客観化する傾向がみられる。しかし、危険判断が行為者主観に基づく事前の判断である点、未遂の処罰根拠を法秩序の妥当性に対する信頼、法的安全感に求める点で、行為無価値の処罰を重視する態度は変っていない。これに対して、少数説ながら結果無価値論の観点から、事後判断を含めた客観説が提唱されている。具体的危険説を修正して行為者主観を排除し、客体の不能について事後判断を認める説、フォイエルバッハの考え方を基本的に妥当としつつ、それにもなう不可罰的な未遂の拡大を実務上の経験や法感情によって制限すべきだとする説⁽⁴⁾など、その主張内容はさまざまであるが、危険判断の客観化・実質化をはかっている。一方、危険犯論においても同様の方向がみられ、結果無価値を重視し、具体的危険犯については事後判断を含めるとする学説が台頭しはじあてている。⁽⁵⁾

また、英米刑法では、とくにイギリスで目立った動きがみられる。学説では主観説が有力であり、刑法改正にともなう新設の不能犯規定に関する法典編纂委員会の見解も同様であるが、⁽⁷⁾

不能犯論の予備的考察

一九七三年の上院判決 (Haughton v. Smith)⁽⁸⁾ は、この傾向に真向から反対し、結果無価値を重視し、事後判断を採用して不能犯の成立範囲を大幅に拡大する態度を打ち出した。同判決は、行為当時すでに盗品でなかった物を盗品と誤信して收受し、処分しようとした行為が窃盜法 (Theft Act, 1968) 二二条の未遂罪にあたるかどうか争われた事案につき、事後的にみて、意図した一連の行為を完了したとしても、いかなる犯罪も犯したことはないかどうかという基準を設定し、行為時に盗品でない当該財物の收受、処分を完了したとしても、盗品関与罪を犯しえない以上、その未遂罪も成立しないとされた。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾ さらに同判決は、傍論として、不能犯と未遂犯の区別を例示的に分類して不能犯の成立範囲を拡大させ、社会防衛よりもむしろ具体的な個人の生命、身体、財産の保護を重視する態度を示した。右の区別の基準は曖昧であるとの批判を受けてはいるが、⁽¹²⁾ その基準にしたがって、空ポケットに対する窃盜行為を不能犯とする判例などが出ており、同判決の先例としての意義は大きい。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾

このように、外国でも事後判断の採用によって、危険判断の客観化・実質化をはかろうとする動きがみられ、その動きは決してわが国固有のものではない。

残された課題は、事後判断を含む新たな危険概念を構築し、不能犯と未遂犯の区別の精緻な類型化を行なうことであるが、

この作業は、比較法や危険犯論の検討を踏まえ、今後の課題とした。

- (1) 第三条第三項「犯人が、著しい無知により、それに対して行為が遂行された対象又はそれを用いて行為を遂行した手段の性質上、おおよそ既遂に達しないと誤認したときは、裁判所は、刑を免除し、又はその裁量により、刑を軽減することが出来る(第四九条第二項)」(条文の訳は、法務資料四二四号(昭五〇)ドイツ刑法典五三頁を引用)。現行法の不能未遂の規定の理解は、印象説によって理解されることとなる。Roxin, *Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch*, Jus, 1979, S. 1.
- (2) J. Meyer, *Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit*, ZstW. 87, 1975, S. 604, Rudolphi, *Vorb. § 22 Anm. 14*, Blei, a. a. O., S. 208f., Jescheck, a. a. O., S. 416, Wessels, a. a. O., S. 113, Maurach-Gössel-Zipf, a. a. O., S. 18, Eser, *Vorb. § 22 Anm. 23*, Roxin, a. a. O., S. 1. それに対して、同様に印象説を唱えたメンガーは、未遂の処罰根拠を法益侵害の危険に求めた。Mezger, *Strafrecht (Ein Lehrbuch)*, 3. Aufl., 1949, S. 375 ff. 大沼邦弘、前掲論文、上智法学論集一八巻一号八六—八八頁参照。
- (3) Spendel, a. a. O., S. 89 ff.; ders., *Kritik der subjektive Versuchstheorie*, NJW, 1965, S. 1881 ff. ネットンブルは好意的な見解として Schaffstein, *Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe*, Festschr. f. R. M. Honig, 1970, S. 170 f.
- (4) Treplin, *Der Versuch, Grundzüge des Wesens und der Handlung*, ZStW. 16, 1964, S. 441 ff.
- (5) Schwander, *Die Gefährdung als Tatbestandsmerkmal im Schweiz. StGB*, SchwZstW. 66, 1951, S. 450, Roxin, *Gedanken Zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, Festschr. t. R. M. Honig, 1970, S. 138 Anm. 18, Gallas, *Abstrakte und Konkrete Gefährdung*, Festschr. f. Heimitz, 1972, S. 177 ff. 山中敬一「幫助の因果関係」関大法學論集二五巻四・五・六合併号(昭五〇)二四九—二五〇頁、生田勝美「ヴァイルヘルム・ガラス『抽象的危険と具体的危険』(紹介)、立命館法学一四七号(昭五四)六五六頁以下参照。
- (6) イギリスの刑法改正について、大谷実・刑法改正とイギリス刑事法(昭五〇)九頁以下、同「イギリス」平場・平野編・刑法改正の研究—概論・総論(昭四七)一四〇頁以下参照。
- (7) The Law Commission, *Inchoate Offences: Conspiracy, Attempt and Incitement*, Working Paper, No. 50, 1973, para. 109, The Law Commission, No. 102, *Criminal Law: Attempts, and Impossibility in relation to Attempt, Conspiracy and Incitement*, 1980.
- (8) *Haughton v. Smith*, [1973] 3 All. E. R. 1109-1127.
- (9) 判決理由のなかで、ライド卿やモリス卿は、本件行為を未遂犯として処罰すれば、被告人が悪い意図を有していたという理由だけで処罰することにならうと批判した。At. p. 1121, 1122.
- (10) 同判決の判断基準は純客観説にみられるとされる。[1974] Crim. L. R. 306, Cross & Jones, *Introduction To Criminal Law*, 8. ed., 1976, p. 356, 9. ed., 1980, p. 368.
- (11) 不能犯となる例として、本件のような場合のほか、窃盗の目的物が不在の場合、空ポケットに対する窃盗行為、毒と取り違えて水を投与することによる毒殺行為、死体に対する殺人行為、ろ

う人形やベッドの長枕、空部屋に対する発砲行為、自己の傘に対する窃取など、未遂犯となる例として、不十分なテコを使用する侵入盗、射程外への発砲行為、致死量不足の毒殺行為などが挙げられている。

(2) Williams, *The Textbook of Criminal Law*, 1978, pp. 394-399, Smith & Hogan, *Criminal Law*, 4, ed., 1978, pp. 258-259.

(3) Parlington v. Williams, (1975) 62 Cr. App. Rep. 220, [1977] Crim. L. R. 609. 特定物の欠缺の事例について JASON [1971] 2 All E. R. 945. 他の判例として Mieras v. Rees, [1975] Crim. L. R. 224-225.

(4) さらに「コンスピラシーの事例にまで、スミス事件判決の判断基準を適用した(同判決はコンスピラシーには通用されないとしたが)上院判決がある。D. P. P. v. Nock, [1978] 2 All. E. R. 654.

(15) 他の国として、オーストラリアとイタリアなどがある。前者では、判例や新刑法典の不能犯規定第一五条第三項に、後者では、判例、学説、現行刑法第四九条に、純客観説的見解がみられる。Vgl. Albrecht, a. a. O., S. 21, a. a. O., 427. 内藤謙・刑法改正と犯罪論(上)(昭四九)一一二頁、法務大臣官房司法法制調査部編・イタリア刑法典(昭五三)三九一四〇頁参照。
[昭和五五年八月一〇日脱稿]

〔付記〕 脱稿後および校正段階で入手した主な論文として、中山研一「不能犯の学説」(昭五五)八九頁以下、山口厚「危険犯の考察」(同完)法学協会雑誌九七卷一〇号(昭五五)一三七九頁以下、同一二号(昭五五)一六七三頁以下、九八卷二号(昭五六)一三三

不能犯論の予備的考察

五頁以下、九八卷三号(昭五六)四三五頁以下、九八卷五号(昭五六)六四七頁以下、野村稔「不能犯」西原〓宮沢〓阿部〓板倉〓大谷〓芝原編・判例刑法研究四卷(昭五六)七三頁以下、宗岡嗣郎「英米不能犯論の現状」九大法学四一号(昭五五)一頁以下がある。

中山論文は、不能犯論の争点を示したもので、教授の可罰未遂の限界基準に関する具体的な理論展開を行なったものではない。山口論文は事後判断を採用した危険概念論を展開するもので示唆を受けるところが多かったが、具体的な検討に期したい。野村論文は、わが国の不能犯判例を詳細に分析、検討したものであり、参考となるが、見方には若干の疑問がある。宗岡論文は英米の不能犯論の現状を紹介するものであるが、筆者もまもなく主としてイギリスを中心に未遂犯、不能犯をめぐる問題状況について紹介する予定でいる。なお、その他に入手した論文は、本文の注に入れた。