

Rekonstruktion der untauglichen Versuchslehre

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/41130

不能犯論の再構成*

振 津 隆 行

目 次

は じ め に

第1章 不能犯論の構造と内容について

第1節 客観的危険説の「判断尺度」

第2節 客観的危険説の「判断基底」

第1款 客体の不能

第2款 手段（方法）の不能

第3款 主体の不能

第4款 小 括

第2章 わが国の判例の検討

第1節 客体の不能

第2節 手段（方法）の不能

お わ り に

は じ め に

従来私は不能犯論につき具体的危険説を採ってきた⁽¹⁾。しかしながら、そこでも書いておいたように、具体的危険説は「主観的に着色された危険説」（ゲルマン）の憾は払拭しがたいのであって、やはり問題が多すぎるとしばしば考えるに至った。すでに最近の私の諸論考が示しているように、客観的危険説への改説を示唆しているものと思われる⁽²⁾。それ故、ここに私の現在構想してい

*本稿は私の最終講義の代りに書かせていただいた。

- (1) 振津隆行「不能犯——具体的危険説と客観的危険説との対抗」（『刑法理論の探究——中 義勝先生古稀祝賀』（成文堂 1992年）259～276頁 同『刑事不法論の展開』（成文堂 2004年）173～190頁所収。
- (2) 振津「認識なき正当防衛小考」同「フォイエルバッハの不能犯論」同「ミッターマイヤーの不能犯論」（『金沢法学』第57巻第1号 2014年）75～77頁、79～85頁、87～109頁。

る不能犯論を提示し、そのよって来るところを本稿で表明したいと思う。その際、すでに示しておいたフォイエルバッハ＝ミッターマイヤーが提示した旧客観説の方向で検討したいと思料している。

では、以下で論を進めて行きたい。

第1章 不能犯論の構造と内容について

第1節 客観的危険説の「判断尺度」

まず、先に示したフォイエルバッハ＝ミッターマイヤーの不能犯論を基礎として、それを現代化することにあるといえよう。すなわち、いわゆる旧客観説の方向を維持しつつ、その判断尺度と判断基底を明確化することにあるのである。

ところで、まず「判断尺度」については比較的容易に設定可能なものと思われる。さて、およそ犯罪が行われたとして、行為者を処罰するためにはそれなりの犯罪成立を証明する「証拠」がなければならない。それが疑わしい場合は犯罪成立を立証しうる専門家の科学的な「鑑定」に依らなければならない。そしてことは犯罪である以上既遂犯のみならず未遂犯においても然るのである。したがって、既遂犯同様未遂犯成立のための「判断尺度」は「専門家的な科学的知識（法則論的基礎）」であるといえよう。すなわち、この尺度は鑑定等によって得られた事後の科学的な実証・実験等によって得られた知見を含みうることは云うまでもない。これこそが、われわれの客観的危険説を成立せしめる「判断尺度」なのである。

次に、最も重要な「判断基底」の問題に進んで行こう。

第2節 客観的危険説の「判断基底」

すでに拙稿で示した分類にしたがって、この「判断基底」の問題について論述することにする。その際、事後判断を基礎とするので、「行為者主観」が作用する余地は全くない。すなわち、自白のみで処罰しようとするなら、ミッターマイヤーが云うように「行為者が犯罪を行おうとする意思をもっていたということだけで処罰することを、立法者が裁判官をして可能ならしめようとするならば、法律の正しい解釈のすべての原則と矛盾し、そして恐ろしい裁判官の恣意の体系を設定することに」⁽¹⁾なるからである。

それ故に、「絶対不能」は不可罰の不能犯となり、「相対不能」は可罰的な未遂となることは当然である。

第1款 客体の不能

客体の不能については、以下の3つに分類し、設例を挙げつつ検討する。

〔i〕 目指された行為客体、したがって保護法益がその場に存在しない場合
(本事例は、再度以下の2つに細分しよう)

① 攻撃が推測上向けられている行為客体が全く存在しない場合

〔設例①＝死体に対する殺人企行〕 Aは、ベッドで横臥しているBを殺意をもってその頭部に向けて発射した。ところが、公判段階での鑑定の結果、BはAの発砲直前に老齢のため心不全で死亡していたことが判明した(頭部射撃事例)

本設例はドイツでよく挙げられる講壇事例であるが、本事例では一般人も行為者も(更には専門的観察者にあっても)、事前的には真摯な殺人の危険を肯定しうるが故に、具体的危険説からは当然に殺人未遂とされ、また、これを肯定したわが国の下級審判例も存在する(広島高判昭和36・7・10高刑集14・

(3) 振津「ミッターマイヤーの不能犯論」前掲注(2)100～101頁。

5・310頁)。これに対して、事後的に観れば行為時にBは既に死亡しており、全く存在しない客体に対して結果発生危険は「およそ」存在しないのであるから、殺人罪としては絶対的不能なケースであって、典型的な不能犯であるとせざるをえない。

なお、本事例グループに属すると考えられる非懐胎の婦人に対する堕胎未遂も、われわれの観点からすれば、不能犯とせざるをえない。それは、懐胎している婦人の場合にのみ問題となり、非懐胎の婦人は「およそ」不能な客体であるからである。

⑥ 目指された行為客体は存在するが、推測された場所には存在しない場合
〔設例②＝空ベッドへの射撃〕 Aは、仇敵Bを射殺しようとしてBの寝室に侵入し、寝具の状況等からみて就寝中と思われたので発砲したが、実はそのベッドは空であったため、目的を遂げなかった。

本設例は、いわゆる「空ベッド事例」であるが、事後的にはそのベッドに人がいなかった以上、「絶対的に不能」な客体であり不能犯とするのが論理的に首尾一貫した帰結といえよう。ただし、ここでは空ベッドのケースで外出中の場合と同空内の隣のベッドに寝ていた場合には、空ベッドを狙った弾丸がBに当たる危険性があるとして未遂犯を肯定しようとする見解もある。隣のベッドへの射撃可能性を肯定して、「相対不能」としていくとどこまでが着弾可能性のある危険領域かが不明確となり、やはり不能犯をわれわれの立場からは認めざるを得ないのである。このことは、雄弁にもミッターマイヤーが、「行為者が射殺しようとした場所にその人がいなかった場合には不処罰となる」⁽⁴⁾とし、「絶対不能」としているのである。まさに「狙われたそのベッド」に被害者たるべき「その人」が存在しないからである。ただし、「空ポケット」へのスリ事例では、金品を何も所持していなかった（懷中無一物）場合と狙われた右ポケットではなく左ポケットには財物があった場合とで、前者は不能犯、後者は未遂犯としてもそんなに違和感はないように思われる。この点につき、そ

(4) 振津「ミッターマイヤーの不能犯論」前掲注(2)106頁。

の程度までは許されるべきで、ミッターマイヤーも「盗人が盗みうるものと信じた場所に盗まれうるべき物が存在しないといった場合、客体の欠缺により不処罰となるものではない。例えばスリが盗もうとして行為するが、その他人が何も持っていないくても……可罰的な未遂である」⁽⁵⁾としているのである。われわれは、事後判断を基礎とし、何ももっていない場合（懷中無一物）は不能犯であり、狙われた右ポケットではなく左ポケットに金品があれば、左ポケットに対する現実的危険性（危険領域性）を認め、「相対不能」として未遂を肯定してもよいと思料する。その点で、ミッターマイヤー説より、より謙抑的であるといえよう。そのかぎりでのみ、左ポケットに対する金品の存在を事実として実在的危険性があるものとして肯定してもよいと思料する。

〔ii〕 目指された行為客体は存在し、一般に有能な手段が用いられたが、客体の特殊事情のため結果が生じない場合

〔設例③＝防弾チョッキ事例〕 A は、B を殺害しようとしてピストルを發射したが、B が防弾チョッキを着用していたため弾丸がそれて当たらなかった。

本設例は、手段の不能との限界・区別が問題となる事案であるが、従来から「客体の相対的不能」のケースとされてきたので、ここで問題とする。なお、同種の事例として、毒殺しようとした相手方が使用された毒に抵抗力があった場合なども挙げられている。

本設例の場合、具体的危険説からは事前には「防弾チョッキ」の着用が判断基底に入らない以上、当然に殺人未遂が肯定される。そして、フォイエルバッハ＝ミッターマイヤーの主張した旧客観説からも、客体は存在し有能な手段も用いられたとして「相対不能」が認められるケースといってよい。ただし、われわれの主張する客観的危険説からは、一般的には相対不能として未遂を肯定してもよいが、ただし、ピストルで殺害しようとする者は、少なくとも1発で仕留めようとするものではなく、何発か——6連発銃ではその6発をもって—

(5) 振津「ミッターマイヤーの不能犯論」前掲注(2)105頁。

一で射殺しようとするものである。しかも、防弾チョッキといえども完璧に弾丸から逃れうるものではなく、実際に表われた判例の事実でも相手方に重傷を負わしめうるものであり⁽⁶⁾、それが防弾チョッキの守備範囲ではない頭部等に射撃がなされれば、十分に射殺結果を生じさせるに十分な危険を内包するものである。それ故、「相対不能」として殺人未遂を肯定してもよからう。すなわち、防弾チョッキを捨象するのではなく、弾丸がはずれて当たる危険性がきわめて高いが故に、「相対不能」として殺人未遂を肯定するのである。これに対して、たとえば「いかなる銃弾もこれを貫徹しえない防弾ガラスによって護られている人」に対する射撃は「絶対不能」であって、不能犯ということになる。防弾チョッキは完全に弾丸を貫徹しえないものではないことを考慮すべきであって、そのかぎりでは不能犯となしえず、「相対不能」として殺人未遂を肯定しうる客体と云わざるをえないのである。

〔設例④＝自己の財物の窃盗事例〕 Aは、自己の外套とともに掛っている色・柄等も非常によく似ているが高価な他人Bの外套を盗もうとして持ち去ったところ、実は自己の外套であった。

本設例については、ミッターマイヤーも云うごとく、「だれかが盗む目的で彼が他人の物と思って領得しようとしたが、実は自分の物を奪取したということが明らかになった場合には、不処罰となる。なぜなら、法律は窃盗のために他人の物を本質的なものとしているからである」⁽⁷⁾と述べている。事後判断を基礎とするフォイエエルバッハ＝ミッターマイヤー流の旧客観説によれば、判断基底は事後的判断によってえられた対象が基礎となるべきであるから、事前的

(6) 例えば、福岡地判昭和59・8・30判時1152・182頁では、「至近距離から被害者目掛けて所携の自動装てんけん銃で、実砲5発を発射し、いずれも同人の左上腕部・背部・腹部等に命中させて前記覚せい剤強取したもの、同人が防弾チョッキを着用していたため、同人に対し全治二か月を要する左上腕貫通銃創・左上腕骨折等の重傷を負わせたに止まり、殺害するに至らなかった」というケースがあった。

(7) 振津「ミッターマイヤーの不能犯論」前掲注(2)105頁。

にはいかに他人の物と思われる外観を備えていようとも、その客体は自己の物なのであるから「絶対的に不能」な客体であって、不能犯とすることに何の問題も生じえないからである。それに対して、具体的危険説の論理を貫けば、一部定型的危険説の異論はあるものの、その論理構造からは窃盗未遂となるのであって、それには重大な疑念があるというべきである。われわれの立脚する客観的危険説の論理からは、当然不能犯が肯定されるのである。

なお、その他平野博士が挙げられた少女の年齢を誤認した場合、赃物でない物を赃物であると思って故買した場合などが⁽⁸⁾、本事例グループに属すると考えられるが⁽⁹⁾、問題は論理的に同一であり、「絶対不能」として不能犯となるのであって、特別に論ずる意義はないといえよう。

第2款 手段（方法）の不能

手段（方法）の不能については、わが国では錯誤の性質による3分類が一般化しているので、以下ではこれに従い検討していきたい。

〔i〕 手段として使う物を錯誤により取り違えた場合

〔設例⑤＝砂糖投与事例〕 妻Aは、夫Bを毒殺しようとして、多量の青酸カリを混入した砂糖びんを戸棚にしまっておいた。Aがこれを取り出す際に、誤まって隣に立っていた同型の正常の砂糖びんを取り出して、コーヒーに混入してBに飲ませた。

本設例に対して、具体的危険説からは砂糖を青酸カリと「誤信した経過が一般にまちがいがやすい状況」下であり、相当な理由のある錯誤であるから、砂糖ではなく青酸カリが判断基底に入るので、殺人未遂を肯定しうることになる。これに対しては、「それは結局、行為者の主観（存在すると思った事実）

(8) 平野龍一『刑法総論 II』（有斐閣 1975年）329頁。

(9) その他の諸事例として、*Peter Albrecht, Der untaugliche Versuch*, 1973, S. 93 f.

を前提として一般人の危険感が判断されることにな」り、抽象的危险説と同一ではないかという疑念が当然に投ぜられる⁽¹⁰⁾。なお、具体的危険説の立場に立ちつつ、行為の外観の平穏性を根拠に未遂犯を否定しようとする見解もあるが（平野）⁽¹¹⁾、それは事後になって知られた事情を顧慮するのでなければ不可能であり、具体的危険説の論理からは首尾一貫しないものといえよう。したがって、われわれの立脚する事後判断の立場から、砂糖で毒殺するのは「絶対に不能」な手段として、手段の絶対不能の典型例なのである。このことにつきミッターマイヤーによれば、「だれかが、その仇敵を毒殺しようとして毒のかわりに砂糖を用いた場合は、毒殺犯罪の構成要件は欠如する。なぜなら毒殺犯罪のためには、本当の毒が属し砂糖は属さないのである。また、砂糖を投与するだけの者は、砂糖＝投与の中に何らの不法も無いのであって、ただ毒を投与しようとする意欲（Gift=Geben=Wollen）があるだけにすぎず、意図のみでは処罰されないのである。……毒のかわりに砂糖を投与して殺害しようとする者を「処罰しようとするならば単に自白にのみ刑罰を依らしめるものであって、確固たる証拠理論に違反するか、もしくは不処罰に至ることを容認しなければならない」⁽¹²⁾。さらに続けて、「彼の仇敵 B を毒殺するために純粹の砂糖を投与するときに」実行を開始したとはいえないとして、そのような事例では「行為者の馬鹿気た行いを嗤うであろうし、あるいは同情だけしか残らない。そして不能なやり方で行為した者が次にはその犯罪をより賢明に遂行するであろうという危惧から刑罰を正当化しようとするならば、『予防処分』と『刑罰』とを混同するものである」⁽¹³⁾として、明確に「絶対不能」としているのである。

〔ii〕 手段として用いられた物の作用について錯誤のある場合

(10) 中山研一「不能犯の論争問題」同『刑法の論争問題』所収（成文堂 1991 年）141 注(4)。

(11) 平野『総論 II』前掲注(8)329 頁。

(12) 振津「ミッターマイヤーの不能犯論」前掲注(2)91 頁。

(13) 振津「ミッターマイヤーの不能犯論」前掲注(2)103 頁。

〔設例⑥＝空ピストル事例〕 A は、勤務中の警察官 B からピストルを奪取し、B に向け引き金を引いたが、たまたま実弾が装填されていなかったため発射しなかった。

本設例は、福岡高判昭和 28・11・10 高裁特報 26・59 頁の事案であるが、本件では「制服を着用した警察官が勤務中、右腰に装着している拳銃には、常時たまが装てんされているべきものであることは一般社会に認められていることである」という理由により、殺人未遂罪が肯定された。本判決は、事前判断に基づく具体的危険説の基準を採用したものとされている。これに対して、客観的危険説からは事後判断に基づくので、「たまが装てんされていない拳銃」が判断基底に入るので、空ピストルで撲殺することは可能であるとしても、射殺することは絶対的に不能な手段として、不能犯を肯定すべきことは当然の帰結となるはずである。ここで、ミッターマイヤーも「装填されていない銃で射殺しようとした場合」には、不能犯であり不可罰となると明示しているのである⁽¹⁴⁾。ところが、修正客観的危険説の立場からは「巡査の勤務中携帯する拳銃には弾丸がこめられているものであるから、実弾がこめられていることは十分にありえたことになり、具体的危険の発生は肯定されることになるのである。これに対して、知人宅での言い争いからかとなり、その場に飾られていたライフルを突然取り上げて、相手に向けて引き金を引いたところ、そのライフルには弾丸がこめられていなかったために、相手は殺害されるに至らなかったという場合には、応接間に飾られているライフルには実弾をこめておかないというところから、実弾がこめられていることが十分にありえたとは言えず、具体的危険の発生は否定されることとなるのである」⁽¹⁵⁾という仮定的事実の存在可能性を考慮することによって、判例の結論を肯定しようとする見解もある（山口）。これに対しては、具体的危険説からはもちろん⁽¹⁶⁾、客観的危険説からも

(14) 振津「ミッターマイヤーの不能犯論」前掲注(2)106 頁。

(15) 山口 厚『危険犯の研究』（東京大学出版会 1982 年）171 頁。

(16) 中 義勝「不能犯についての若干の覚え書」同『刑法上の諸問題』（関西大学出版部 1991 年）249 頁以下。

批判されている。中山博士によれば、「山口説による『修正』は、あまりにも重大であって、『ありえた手段』の可能性を問題にすることは、『空ピストル』（事実）を『実弾入りピストル』（観念）におき換えることによって、結果的に一般人の危険感を基準とする具体的危険説に接近することになる。また、同様の手法が、客体の不能などの他のケースにも適用されれば、相対不能に転化するおそれがあるといわねばならない」⁽¹⁷⁾としてきびしく批判されているのである。やはり、勤務中の巡査が携行している「空ピストル」も、応接間に飾られている「空ライフル」も、「空の銃」であることに何ら径庭はなく、「空ピストル」での射殺は絶対に不能な手段であって、不能犯とせざるをえないのである。

〔iii〕 手段のもつ効果について錯誤がある場合

〔設例⑦＝空気注射事例〕 A は、B を殺害しようとして、B の静脈内に空気 30 cc ないし 40 cc を注射したが、致死量にいたらず殺害目的を遂げなかった。

本設例は、最判昭和 37・3・23 刑集 16・3・305 頁の事案であるが、最高裁は絶対不能・相対不能の公式を採用し、「本件のように静脈内に注射された空気の量が致死量以下であっても被注射者の身体的条件その他の事情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」として、殺人未遂を認めた。たとえば、相手方が過労等のため抵抗力が弱っている身体的状況が十分にありえたとすれば、当該の具体的な相手方について具体的危険の発生を肯定することが可能であるとか（山口）⁽¹⁸⁾、不能犯においては、科学的・物理的事情を基礎としつつも、危険性という評価的判断が不可避である以上「危険の程度・量が問われている本件においては、社会経験上一般に危険を感じずる場合」とし

(17) 中山「不能犯の論争問題」前掲注(10)162 頁。なお、村井敏邦「不能犯」『刑法理論の現代的展開 総論Ⅱ』（日本評論社 1990 年）185 頁。

(18) 山口『危険犯の研究』前掲注(15)170 頁。

て相対不能として未遂犯が認められる場合であるとか（曾根）⁽¹⁹⁾、量や程度を高めれば結果発生への可能性が強まり、いずれは結果が発生しうる事例であるとか（村井）⁽²⁰⁾、致死量すれすれの毒が与えられた場合を想定すれば、相対不能として未遂の成立可能性が認められるからだ（中山）⁽²¹⁾等として、客観的危険説の論者によっても、本件を「相対不能」として殺人未遂が肯定されている。もっとも、致死量に満たない毒薬投与のケースが、全て「相対不能」とされるのではなく、「毒の量が減少してくれば、危険も減少してくるのは当然であり、その程度が極少になれば、危険も極少になって、絶対不能と境を接する」として不能犯の成立可能性の余地が留保されている⁽²²⁾。いずれにしても、客観的危険説の立場からも、本設例については殺人未遂が肯定されている。

これに対し、具体的危険説からは、本件最高裁の維持した原判決が「人の静脈に空気を注射することはその量の多少に拘らず人を死に致すに足る極めて危険な行為であるとするのが社会通念であったというべきである」（東京高判昭和36・7・18高刑集14・4・250頁）としている点を評価し、かような点を論拠に殺人未遂を肯定しようとするのである⁽²³⁾。これに対して、客観的危険説の立場から、「一般人の常識的な判断による危険感を基準とするのであれば、医学的な致死量を鑑定によって明らかにする必要性もないということになる」⁽²⁴⁾という、中山博士による批判がある。そして、具体的危険説の論拠によれば、空気注射事件では「医学的な致死量のいかんにかかわらず、一般人は危険を感じるであろうという点に求められている（平野）。ここでも、一般人の常識的

(19) 曾根威彦『刑法総論〔第四版〕』（弘文堂 2008年）224頁。

(20) 村井「不能犯」前掲注(17)183頁。

(21) 中山「不能犯の論争問題」前掲注(10)161頁。

(22) 中山「不能犯の論争問題」前掲注(10)161頁。

(23) 中「不能犯——具体的危険説の立場から——」同編『論争刑法』（世界思想社 1976年）120頁。

(24) 中山「不能犯の論争問題」前掲注(10)140頁注(3)。

な判断が基準とされているのである」⁽²⁵⁾との批判が可能である。なお、本件については、のちに詳しく検討するが、本件の具体的事実を若干挙げておくと、被害者である A 女は桑畑で草取りをしていた若い女性であり、空気栓塞による致死量は古畑鑑定によれば 70 cc 以上とされ、中館鑑定によれば 300 cc 内外であるとされており、30 cc ないし 40 cc の空気注入では A 女は決して死亡しないのであり、致死量以下といっても、それは量による差ではなく質的な差とも言うことができ、具体的事案を詳細に検討すれば殺人未遂とした点にもかなりの疑念が残るといわなければならない⁽²⁶⁾。

第 3 款 主体の不能

〔設例⑧＝非事務処理者の背任事例〕 A は、取締役を解任されたことを知らずに、任務違背行為を行った。

本設例は「主体の不能」に関する講壇事例であるが、ここでは身分者でないのに身分者であると誤信して、実行行為にあたる行為を行った場合に、事務処理者（真正身分犯）として身分犯の未遂が成立するかどうか問題となる。たとえば、背任罪において非事務処理者が自己が解任されたことを知らずに、自己を事故処理者と誤信し背任行為に及んだ場合に問題となる。

さて、具体的危険説からは「主体の不能」について多様な見解が主張されている。（i）具体的危険説の論理を貫徹させて、事前の一般人の立場から、その行為が特定の身分犯を実現する可能性があると感じられる以上は実行行為性を認めうるとして未遂を肯定する見解がある（木村（亀）、平野、大谷）⁽²⁷⁾。

⁽²⁵⁾ 中山「不能犯の論争問題」前掲注⁽¹⁰⁾139 頁。

⁽²⁶⁾ 以前、私が主張した修正具体的危険説の立場から、本件について不能犯の成立可能性を示唆しておいたが（振津「未遂の処罰根拠」同『刑事不法論の展開』〔成文堂 2004 年〕199～201 頁）、本稿では客観的危険説の立場から再度検討してみたいと思う。

⁽²⁷⁾ 木村亀二『犯罪論の新構造（下）』（有斐閣 1968 年）28 頁、平野『総論 II』前掲注⁽⁸⁾332 頁、大谷 實『刑法講義総論 新版第 4 版』（成文堂 2012 年）381 頁。

さらに、(ii) 構成要件欠缺論に立つ修正論から、身分を有することが本質的でこれを欠けば定型性がなく実行行為ともいえないとする見解（団藤、福田、大塚）⁽²⁸⁾、(iii) 「裏返えされたあてはめの錯誤」は不可罰な一種の幻覚犯とする見解（中）⁽²⁹⁾、(iv) 義務違反性が否定されることにより可罰的違法性を欠くとする見解（野村）⁽³⁰⁾等多岐にわたる見解が主張されている。しかし、具体的危険説によるときには、身分の範囲について学説上争いの激しい背任罪については、一般人も行為者も同様に錯誤に陥ることが必ずしも稀有の事例とはいえないのであり、具体的危険説の論理からは未遂を肯定するのが首尾一貫するのであって、不能犯とする帰結を維持することは困難といわざるをえない。

これらに対して、客観的危険説によれば事後判断に基づくので、当然主体に関する絶対不能として不能犯となるのである。なお、ミッターマイヤーも「ある婦人と結婚し、そして彼の妻が生きていようと信ずる A では、重婚の未遂を承認しなければならないであろう。他方で結局のところ最初の妻が、彼が第 2 の妻と結婚する以前に既に死亡していても」と述べており、独身であるという自己の身分を誤信していたとしても（主体の不能）、重婚罪の未遂は成立しえないということを明確に述べているのである。そして、自白だけで犯罪を構成しようとするならば、自白による構成要件の証明の諸原則と矛盾することが示されるとしているのである⁽³¹⁾。かようにして、客観的危険説に立脚するとき

(28) 団藤重光『刑法網要総論（第三版）』（創文社 1990 年）165 頁、福田 平『全訂 刑法総論〔第五版〕』（有斐閣 2011 年）247 頁、大塚 仁『刑法概説（総論）〔第四版〕』（有斐閣 2008 年）274 頁。

(29) 中「不能犯」前掲注(23)127 頁以下等。

(30) 野村 稔『刑法総論 補訂版』（成文堂 1998 年）351 頁以下。

(31) 振津「ミッターマイヤーの不能犯論」前掲注(2)94 頁。さらにまた、ミッターマイヤーは以下のようにも述べている。すなわち「重婚罪では、その婚姻が未だ継続していると考えた既婚者が、第 2 の婚姻を締結しようとし、そのために必要な処置を行うが、一方で第 1 の婚姻が行為者が知るこなしに解消されていたといった場合、法律上必要な客観的メルクマールの前提を欠くために処罰されない未遂の事例が生ずるのである。ここでは、その不処罰は第 2 の婚姻の同意の存在が欠けているということで不処罰が正当化されるのである」と（同 102 頁）。

には、「主体の不能」は、絶対不能の場合として何らの問題なしに不能犯を肯定しうることになるのである。本説こそがもっとも明確に不能犯を肯定しうる唯一の見解といえよう⁽³²⁾。

第4款 小 括

以上のところから、「判断基底」としては、1808年のフォイエルバッハの刑法草案に関する第60条（不可罰の不能犯）が明らかにしているように、「外部的行為がそれによって目指された犯罪と全く関連がなく、そこでそれが自然の経過によれば、まったくそこから生じえないときには、未遂としては罰しない」という規定が参考になるように思われる⁽³³⁾。同様に、ミッターマイヤーによれば「未遂犯にあっては、その本質上その犯罪行為は既遂犯におけると同一のものでなければならないから、『それが可罰的たるべきときには、因果関係に立つ犯罪的手段（das im Causalzusammenhange stehende verbrechliche Mittel）が未遂に属するのである』」⁽³⁴⁾としており、この関係にないものが不能犯なのである。これらが参考になるものと思料される。

以上みてきたように、客観的危険説とは内藤博士が定式化されたごとく、「結果発生の可能性（＝危険）を、事後判断によって画された客観的事情を『基底』（基礎ないし資料）に、科学的基礎のある『基準』によって判断し、結果発生の可能性ありとされる場合を未遂犯とし、そうでない場合を不可罰の不能犯とする見解である」⁽³⁵⁾と総括してよいように思われる。

(32) なお、もっぱらドイツの状況について詳細には、塩見 淳「主体の不能について（一）（二）・完」（法学論叢第130巻第2号1991年、同巻6号1992年）1～34頁、1～28頁参照。

(33) 振津「フォイエルバッハの不能犯論」前掲注(2)85頁注(13)。

(34) 振津「ミッターマイヤーの不能犯論」前掲注(2)89頁。

(35) 内藤 謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（有斐閣 2002年）1266頁。

第2章 わが国の判例の検討

次に、わが国の判例につき、主要なもののみについて、われわれの立場から検討しておこう。

第1節 客体の不能

(1) 死胎児に対する堕胎手術

不義の子を妊娠したので、堕胎しようとした妊婦が、産婆に依頼して堕胎手術をなさしめた事案で、本件は死胎児であったという証言あるのみであったが、大審院は「堕胎罪の成立するには堕胎手段を施したる当時に於て胎児が生活力を保有せることを要し……胎児が既に死亡しありたりとすれば堕胎罪の対象たるを得ず。之に堕胎手術を施すも犯罪を構成せざるや論なし」としたものである。もっとも、本件では死胎児であったとする証言あるのみで、具体的事案について死胎児であることを否定しているから、上の見解は傍論であり判例としての意義は少ないが、その基礎にあるのは客観的危険説の見解である（大判昭和2・6・17刑集6・208頁）。

(2) 死体殺人事件

既に銃撃により倒れていた被害者に対して、止めを刺すべく日本刀で左右腹部、前胸部その他を突き刺したという事案について、行為時における被害者の生死については鑑定人の間でも見解が岐れる程医学的にも生死の限界が微妙な事案について、被害者Aは純医学的には既に死亡していたとしても、「単に被告人Xが加害当時被害者の生存を信じていたというだけでなく、一般人も亦当時その死亡を知り得なかったであろうこと、従って又被告人Xの前記のよ

うな加害行為により A が死亡するであろうとの危険を感じるであろうことは、いづれも極めて当然というべく、かかる場合において被告人 X の加害行為の寸前に A 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危険がないとは云えないから、同被告人の所為は殺人の不能犯と解すべきでなく、その未遂罪を以て論ずるのが相当である」とした（広島高判昭和 36・7・10 高刑集 14・5・310 頁）。本判決は、行為当時、行為者の認識していた事情と一般人の認識しえた事情を判断基底に一般人の危険感により、殺人未遂を認めている点で、具体的危険説に依拠した基準を採用しているとみることができる。もっとも、客観的危険説によれば事後判断を基礎とするから、死体を殺害することは「絶対的に不能」であり殺人罪としては不能犯で、せいぜい死体損壊罪が成立するにすぎない。なお、本件では鑑定の結果、被害者の生死が不明であったとしても結論は変わらない。「疑わしきは被告人の利益に（*in dubio pro reo*）」という大原則が妥当し、判断の基礎に置かれるのは被害者の死亡という事実であるからである⁽³⁶⁾。

(3) 空ポケット事件

① 空ポケット事件大審院判決は、墓地を通行中の被害者を後方から引き倒して、その懐中物を奪取しようとした事案につき、「通行人が懐中物を所持するが如きは普通予想し得べき事実なれば之を奪取せんとする行為は其結果を発生する可能性を有するもの」として、強盗未遂の成立を肯定している（大判大正 3・7・24 刑録 20 輯 1546 頁）。本件事案では、被害者が現実には懐中物をなんら所持せず、懐中無一物であったかどうかは不明であるが、しかし判旨は具体的危険説の基準に依拠したものといえることができる。② ①と同種の事例で、電車進行中の電車内において現金窃取の目的で巡査部長 A の着用していた洋服上衣ポケット内にその手を差し入れたが A に発覚されてその目的を遂

⁽³⁶⁾ 曾根『現代刑法論争 I 〔第二版〕』（勁草書房 1997 年）282 頁。

げなかったという事案で、大審院は「現金窃取の目的を以て、Aの着用せる洋服のポケット内に手を差し入れたるものなることを言を俟たず。之を所論の如く予備行為に過ぎざるものと謂うべからず。又仮に現金が其のポケット内に存在せざりしとするも固より不能犯たるべきものに非ず。蓋し洋服着用者がポケット内に金銭を所持することは通常の事例なればなり」とするものもある（大判昭和7・3・25新聞3402号10頁）。本件でも、被害者のポケットに金銭を所持していたかどうかは判文からは不明であるが、しかし判旨は具体的危険説の基準に従ったものといえよう。③ 被告人は、金品をすり取る目的で、本件電車乗客Aの着用する洋服上衣ポケット内から手指を用いて給料袋（現実には空袋）を若干外に引き上げたという事案で、「たとえ本件の場合たまたま右ポケット内に財物たるに値する物がなかったとしても、右被告人の行為は、一般的に金品窃取の結果を来たす危険のある定型的行為であるから、窃盗の実行に着手しこれを遂げなかったものと解すべきは当然であって、所論のように不能犯と解すべきものではない」とした事案もある（東京高判昭和28・9・28高判判特39号108頁）。これもまた、具体的危険説の基準に従ったものといえることができる。④ 犯人が被害者着用のオーバーのポケットから金員をすり取ろうと企て、手を差し入れ金員が在中するものと考え紙片を取り出したが、それが数枚のちり紙で金員が在中しなかったため金員窃取の目的を遂げなかったが、被告人が手を差し入れた右ポケットではなく、実は左の外ポケットに金員を入れていたため難を免れたという事案で、「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、これを以て窃盗の不能犯と論ずべきではなく同罪の未遂罪を以て断すべきである」として、これもまた具体的危険説的発想が看取される（福岡高判昭和29・5・14高判判特26号85頁）。

さて、われわれの立場からは、空ポケットの諸事例をいかように解決すべきであろうか。われわれは、事後判断の立場に立つ以上①②の財物存在の不明な場合は判断を下しえないが、③のケースでは不能犯の可能性がありえようし、

④のケースでは狙われた右ポケットではなく、左のポケットに金員が存在していた以上、左ポケットに対する現実的危険性（危険領域性）を認めて「相对不能」として窃盗未遂を肯定してもよいであろう。空ポケットの諸事例については、以上のような帰結となる⁽³⁷⁾。

次に、手段（方法）の不能に関するケースを検討することにしたい。

第2節 手段（方法）の不能

(1) 硫黄による殺人企行

〈事実の概要〉

被告人Xは、Aと通じてその内縁の夫であるBを殺害しようと共謀し、硫黄粉末5グラムを密かに汁鍋中に投入し、夕食の際AがBに飲ませ、さらに数日後Xは硫黄粉末を混入した水薬をBに飲ませたが、疾苦を増しただけで予期の効果を生じなかったので、翌日Bを絞殺し其の殺害の目的を達した。

本件につき、被告人側は、硫黄粉末を含んだ汁又は水薬を飲ませたのは接続せる殺害行為の一つに外ならざるものにして、原判決が傷害罪の法条を適用したるは違法であるとして上告した。

⁽³⁷⁾ 曾根教授も以下のように述べられている。空ポケット事例の④に関し、「客観的危険説によっても未遂を認めることができるのではあるまいか。本件の場合、いずれにしても甲は財布を所持していたわけで、法益侵害の現実的危険が認められるから、客体の絶対不能とみることはできない。これに反して、甲が財布を持ち合わせていなかった場合は、他に財産的価値のある物を所持していたときは格別、およそ占有侵害の危険性はなく不能犯となる。具体的危険説は、この場合も、窃盗未遂を認めるであろう。設例のような状況の下では、甲が財布を所持していることは、通常の事態と考えられるからである。しかし、『ありえた財物』にまで客体を抽象化することは、法益侵害の現実的危険のないところに犯罪の成立を認めるものであって、適当とは思われない。」曾根『論争I』前掲注36)283頁。

〈判旨〉 上告棄却。

「殺意を以て2箇の異なる殺害方法を他人に施したる処第1の方法を以てしては殺害の結果を惹起すること絶対に不能にして単だ他人を傷害したるに止まり第2の方法を用い始めて殺害の目的を達したるときは右2箇の行為が孰れも同一の殺意に出でたりとするも第1の方法に依る行為が殺人罪として純然たる不能犯に属する場合に於ては殺人罪に問擬すべからざるは勿論にして若し又該行為の結果が傷害罪に該当するに於ては殺人罪としては不能犯なるも傷害罪を以て之を処断すべく第2の方法に依る殺人罪の既遂と連続犯の関係を有する殺人罪の未遂を以て論すべきに非ず」とした(大判大正6・9・10刑録23輯999頁)。

本件は、大審院が初めて不能犯を認めたあまりに有名な手段(方法)の不能の事例である。すなわち、硫黄粉末を用いて毒殺しようとしたが、その手段は殺害方法としては絶対不能として不能犯を認めたものである。もっとも、殺人罪としては絶対不能であるが傷害罪の成立を肯定している。ミッターマイヤーも、以下のように述べている。「使用された物質がいかなる状況のもとでも上述の意味における毒に算入されず、あるいは一定の異常な諸状況のもとでその物質が健康を毀損しうるが、しかし個々の事例で行為者の行為態様によれば、この状況が根拠づけられうるということが示されないような場合には投毒の未遂は処罰されない。」⁽³⁸⁾と。もっとも、主観説の立場からは勿論⁽³⁹⁾、具体的危険説の立場からは不能犯を認めることができるかどうかは不明である。すなわち、事前の一般人の立場から結果発生の危険性を判断する具体的危険説からは、本件事案はその判断が分かれうるように思われるからである。やはり、事後の観点から性質上致死の効果を持たない硫黄粉末を施用して殺害することは「絶対不能」として、本件大審院の判断は正当なものだといえよう。

(38) 振津「ミッターマイヤーの不能犯論」前掲注(2)107頁。

(39) 牧野英一『刑法研究 第二』(有斐閣 1921年)84頁以下。

(2) 空ピストル事件

既に本件については若干触れておいたが、事実のやや詳しい概要をここで紹介し、検討を加えておきたい。

〈事実の概要〉

被告人 X は、深夜に巡査 A から公務執行妨害の嫌疑で緊急逮捕されるに際し、逃走しようとして同巡査と格闘したが、同巡査から捻じ伏せられて手銃を掛けられそうになるや突差に同巡査を殺害して逃走しようと決意し、同巡査が右腰に装着していた拳銃を奪取し、直ちに同巡査の右脇腹に銃口を当て、2 回にわたり引鉄を引いたが偶々実弾が装てんされていなかったため殺害の目的を遂げなかったというものである。

関係証拠によると、同巡査 A が多忙のためたまたま当夜に限り、たまを拳銃に装てんすることを忘却していたことによるものであった。

〈判旨〉 控訴棄却（確定）。

「制服を着用した警察官が勤務中、右腰に装着している拳銃には、常時たまが装てんされているべきものであることは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そ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ものであって実害を生ずる危険があるので右行為の当時、たまたまその拳銃にたまが装てんされていなかったとしても、殺人未遂罪の成立に影響なく、これを以て不能犯ということはできない」として、殺人未遂を認めた(福岡高判昭和 28・11・10 高刑判特 26・58 頁)。

本件は既に述べたごとく、いくら勤務中の警察官の拳銃であって、実弾入り

とみられようとも、「空ピストル」で人を射殺することは「絶対的に不能」な手段であって、不能犯を認めることに何の疑念もないといえよう。本件を殺人未遂とする見解の一切は、「空ピストル」という事実を「実弾入りピストル」に抽象化し観念化するものであって、それは決して許されないものと云わざるをえないことは、すでに十分論ぜられたものと思料する。

(3) 空気注射事件

〈事実の概要〉

（犯行までの経緯） 被告人は、農業の傍ら、金融媒介、食堂経営などしていたが、昭和33年1月頃ひそかに自己の姪（実兄の遺子）にあたり、遺伝梅毒のため鼻も欠けたA子（多少精神能力が劣っている）に、保険金をかけ、昭和34年3月頃から右保険金を取得しようと考え、自己の世話している相被告人甲（ただし、一審係属中に死亡）とも相談してむしろA子を自動車でひき殺し事故死を装い倍額の保険金を取得しようとすら企てるにいたった。そこで甲は、同月上旬頃自宅に出入りしている自動車の運転もできる相被告人乙に右計画を打ち明けて、「金になるからA子を自動車でひき殺して貰いたい。」旨たのんだ。これを聞いた乙は、これを種に被告人らから金を喝取しようと考えて引き受けたものの自動車運転の免許がなかったので、その頃友人の相被告人丙にその情をあかして自動車の運転をたのんだところ、丙も生活に困っていたのでこれを引き受けるにいたった。ところが、A子をなかなか連れ出すことができなかったのを、被告人と甲、乙の3名は、同月28日に乙の出入りしていた市議員選挙立候補者某の選挙事務所に集まって、同月30日施行の右選挙の投票に名をかりてA子を連れ出し計画を実行しようと相談を遂げ、早速翌29日に被告人と乙が選挙運動にかこつけ手土産を持ってA子方をたずねたが、A子がたまたま人影のない近くの麦畑で草取りをしているのを発見し、急にA子の静脈内に空気を注射していわゆる空気栓塞をおこさせてこれを殺害

することに計画を変更し、直ちに甲に連絡して 20 cc 用注射器 1 本と 5 cc アンプル入蒸溜水 1 本を購入届けさせ、急いで右麦畑に引きかえしたうえ、被告人において A 子をだまして注射を承諾させ乙において注射しようとしたところ、折から通行人があったためやむなく中止し、計画を再び自動車でひき殺すことにしてその場を引きあげた。その後 A 子を連れ出せないまま日を送っていたが、同年 5 月 6 日になって A 子が毎日畑に出ていることがわかったので、被告人と乙は、甲方に集まり 3 名で相談した結果、翌 7 日に右空気注射の方法を実行に移すこととし、その分担は、被告人が A 子の所在を確めて来て乙らを現場へ案内する、乙は A 子に注射し丙がこれを補助する、甲は死亡診断書を入手するなど善後策を講ずることなどを共謀決定し、乙が即日丙にこの旨を連絡した。

（実行行為） 翌 7 日朝被告人らは、甲方に参集したうえ、被告人を先発させ、その後甲、乙、丙は、某所で A 子の所在を確めて来た被告人と落ち合ったが、甲は結果をまつためその場から引きかえし、前記注射器と蒸溜水を持った乙、丙は被告人の案内を受けて同日午前中に A 子が 1 人で草取りをしている犯行現場の桑畑に着き、被告人は事の発覚をおそれて直ちにその場から引きかえし、乙は、早速用意してきたパンを与えるなどして A 子の癱患の治療であるかのようにだまして注射を承諾させ、丙に A 子の腕を持たせたうえ、右注射器で A 子の両腕の静脈内に 1 回ずつ蒸溜水とともに空気合計 30 cc ないし 40 cc を注射したのであるが、致死量にいたらなかったため殺害の目的を遂げなかったものである。

〈判 旨〉 上告棄却。

「原判決並びにその是認する第 1 審判決は、本件のように静脈内に注射された空気の量が致死量以下であっても被注射者の身体的条件その他の事情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判示しており、右判断は、原判示挙示の各鑑定書に照らし肯認するに十分であるから、結局、この

点に関する所論原判示は、相当というべきである。」として、殺人未遂罪を認めた（最判昭和 37・3・23 刑集 16・3・305 頁）。

さて、本件につき、空気栓塞による致死量は、古畑鑑定によれば 70 cc 以上とされ、中館鑑定によれば 300 cc 内外であるとされているので、30 cc ないし 40 cc の空気を注入しただけでは通常人を死に至すことはできない。しかし、専門家（医師）であれば、事前的にも事後的にも致死量に至らないということは認識可能な場合であったといえよう。しかも、一般通常人が考えるように、注入された空気がそのままの形で血管内に入ると考えるのは、単なる憶測の域を出ないものであり、注入された空気は泡となって拡散されるのである。さらに、弁護人の上告趣意によれば、中館鑑定による 300 cc の致死量という、100 cc 注射器という大きな注射器で 2、3 本を打たねばならないが、通常の注射液とちがって抵抗も強く、被注射者が意識不明の状態でなければ空気注射はできない。また、古畑鑑定による 70 cc であっても、50 cc 用という大きな注射器を 2 度使わなければならないが、この程度の注射は、被害者の意識不明を必要とする。しかも、注射薬とともに空気を注射したかのように取り扱わねば出来ない、そうすると、注射器中の空気の量はさらに減ずるし、50 cc、100 cc 用の大きな注射器に 5 cc、10 cc の少量の注射薬を入れる非常識もできない。このように考えると、致死量といい、致死量以下というも、それは量による差ではなく、質的な差であるといわねばならない。このようにみると、空気注射は、それだけでは絶対に致死量を注射しえないのである等と述べられている。しかも、本件の場合、自動車で引き殺そうと当初計画していたのであり、急遽計画を変更して空気注射による空気栓塞による殺害という極めて特異な方法により殺害しようとした、いわば無計画な殺害方法であったという点も考慮すべきであろう。専門家（医師）の目から見れば、事前的にも事後的にも 30 cc ないし 40 cc の空気注射で、被害者である若い女性を殺害することは絶対的に不能な手段であって、また、裁判時の人類の全経験的知識（医学上科学上の認

識)に従っても、結果発生の高度の可能性は無かったものといわねばならない。いわば思いつきの杜撰な殺害計画の実行をもって、殺人未遂を肯定することはできないのである。本件の空気注射は、絶対に不能な手段であって、われわれの立場からは、不能犯とせざるをえないのである。本件では、いわば一般通常人の俗信にしたがって、殺人未遂を肯定したものといわなければならない。

(4) 不真正な原料による覚せい剤の製造

〈事実の概要〉

被告人Xは、常習として、かつ営利の目的で、他の9名と共謀の上、フェニルメチルアミノプロパン、カフェイン、アンナカ、食塩、水等を混入して溶解させ覚せい剤を製造しようとしたが、これに用いた原末が真のフェニルメチルプロパン、又はフェニルメチルアミノプロパンを含有していなかったので、覚せい剤を製造することができず、その製品全部を廃棄した。以上の事実につき1審は覚せい剤を製造したものとして罪に問うたが、被告人側が1審判決の事実誤認を主張して、控訴した。

〈判旨〉 破棄自判。

原判決の挙示する(覚せい剤製造に関する)「右4個の事実については、一応所定の製造工程を経て製品を製造したけれども、これに用いられた原末が真のフェニルメチルプロパン、又はフェニルメチルアミノプロパンを含有していなかったので、その製品全部を廃棄したことがうかがわれ、記録に現われた爾余の証拠をもってしても、覚せい剤を製造したものとの事実を認めるに足りない。しかも右のように覚せい剤の主原料が真正の原料でなかったため、覚せい剤を製造することができなかった場合は、結果発生の危険は絶対に存しないのであるから、覚せい剤製造の未遂罪をも構成しないものというべきである。」

(東京高判昭和37・4・24高刑集15・4・210頁)。

本判決は、覚せい剤製造に用いた主原料が真正な原料でなかったという方法の不能が問題となった事案につき、覚せい剤製造の結果発生の危険は絶対に存しないとして、絶対不能として不能犯を認めた事案であり、けだし妥当な判決であると思料される。手段の「絶対不能」を認めて不能犯とした点は、旧客観説を認めたものとしてその評価は極めて正当な判決といえよう。

(5) 一般線引小切手事件

〈事実の概要〉

被告人 X は、公衆電話ボックス内において、他人が遺失した金額 5 万円の小切手 1 通を拾得したが、警察に差し出すなどしないで、ほしきままに自宅に持ち帰り、後日に拾得した小切手の裏面に行使の目的をもって、黒のボールペンを用いて「中野区東中野 1 の 5 の 3 大高守」と記入し、その名下に、かねて捨得した大高と刻した印鑑を押印して、同小切手の支払人たる A 銀行に対する小切手金額の受領証書としての裏書きをなし、同銀行 B 支店預金窓口係に提出した。しかし、窓口係により、既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、金員騙取の目的を遂げなかった。

X は、遺失物横領、私文書偽造、同行使、詐欺未遂で起訴された。ここでは、詐欺未遂についてのみ問題とする。

〈判 旨〉 本判決は、詐欺未遂について以下のような理由で無罪とした（確定）。

「本件小切手は小切手法 37 条 38 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 A 銀行 B 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 38 条 1 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246条1項の罪には当たらないと解すべきである。」（東京地判昭和47・11・7刑月4・11・1817頁）。

一般線引小切手⁽⁴⁰⁾とは、小切手の表面に2本の平行線が引かれた小切手のことであり、これは持参人払式のものとは異なり、支払人において銀行に対しまたは支配人の取引先に対してのみ支払うことができるものであり、この線引は、小切手が盗難や紛失にあったとき、無権利者に支払われるのを防ぐことが目的とされている。本判決では、「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」としているとことを捉えて、西山教授は「判例の大筋は絶対的・相対的不能説と具体的危険説の中間に位置する定型説と思われるが、本件の事例は定型説がもっともよくその特性を明確に示し」た好個の例として総括されているが⁽⁴¹⁾、はたしてそうであろうか。既述のように一般線引小切手は、持参人払式のものとは異なり、銀行と相当期間継続的に取引があり身元が判明している取引先でなければ換金は絶対に不能であって、「絶対不能・相対不能」区別説からも絶対不能のケースとして解することは困難ではない。

(40) 一般線引小切手とは、「線引小切手の一種で、小切手の表面に2本の平行線を引いた小切手のことをいう。……支払人（銀行）が支払・取得・取立委任することができる相手方が、『銀行』または『自己の取引先』に限定される（小38Ⅰ・Ⅲ）。このように限定されることによって、小切手の安全性が保護される。この規定に違反した銀行はそのため生じた損害につき、小切手金額に達するまで損害賠償責任を負う（小35Ⅴ）。ここでいう取引先とは、銀行と相当期間継続的に取引があり身元が判明している取引先のことをいう。」『コンサイス法律学用語辞典』（三省堂 2003年）50頁。

(41) 西山富夫『昭和48年度重要判例解説』127頁。

(6) ピースかん爆弾事件

〈事実の概要〉

被告人 X は、昭和 44 年の「国際反戦デー」に際し、治安を妨げ、かつ、人の身体、財産に危害を加える目的をもって、煙草のピースのあきかにダイナマイトを詰め、これに工業用雷管に、末端に接着剤をつけた導火線を差し込んで接着させたピースかん爆弾を製造し、警察庁第 8、第 9 機動隊庁舎正門前道路の向かい側歩道上から、導火線に点火した同ピースかん爆弾 1 個を、警察官らが立番中の正門めがけて投げつけたが、爆発しなかったというものである。

ところで、爆発しなかった原因については、導火線の末端部分に接着剤をつけて、雷管の底面ないし内壁に接着させようとした結果、接着剤が導火線末端の黒色火薬にしみ込み、それによって黒色火薬が湿りあるいは固化して燃焼しなくなり、導火線の燃焼がこの部分で中断したためであることが認定されている。この投てき行為につき、X は爆発物取締罰則 1 条の爆発物使用罪で起訴された。1 審（東京地判昭和 48・10・23 高刑集 27・5・455 頁）は、同罰則 1 条にいう「使用」の意義につき「爆発物を爆発すべき状態におくことをいい、現実に爆発することは必要でない」という従来判例の立場を踏襲しつつも、本件ピースかん爆弾は導火線に欠陥があったため、導火線に点火して投げつるという方法では絶対的に爆発しないものであるから、本件ピースかん爆弾を使用したものとはいえないとし、その先例として東京高判昭和 29・6・16 東高刑時報 5・6・236 頁の手榴弾事件を挙げている。

ところで、この手榴弾事件とは元陸軍の軍用兵器である九一式手榴弾で、これを昭和 20 年 12 月頃買い受けた者が、その発覚を恐れて箱に入れて永らく地中に埋没していたが、昭和 24 年 12 月に地中から掘り出したものであるが、「円筒内の主爆薬たるピクリン酸は格別変質してはいなかったけれど点火雷管と導火線との結合も悪く又導火線自体が湿気を吸収して質的变化を起しそのため手榴弾本来の性能を欠いており、たとえ安全装置を外し撃針に衝撃を与えても爆

発力を誘起し得ないもので、これを爆発せしめるは工業用の巨大なハンマーを使用し急激な摩擦を与えるか或は摂氏 200 度以上の熱を加えるに非ざれば到底不可能であると認められる」とし、かような「手榴弾たる性能を失い単に鉄筒内に爆薬があるだけのものを、手榴弾としての普通の用法に従い安全栓を外し、撃針に衝撃を与えて投げても爆発させることができず、従ってこれを以って爆発物を使用したものということはでき」ず、「その目的とした危険状態を発生する虞はないわけであり爆発物取締罰則第 1 条」の成立する根拠なく単に爆発物を所持した罪が成立するのみとして、同罪使用罪を否定したものである。すなわち、本件手榴弾事件に沿った形で爆発物取締罰則 1 条の使用罪の成立を否定したものである。

これに対して検察官が控訴したが、2 審判決（東京高判昭和 49・10・24 高刑集 27・5・455 頁）は、導火線を工業雷管に接続するために用いた接着剤が導火線の心薬である黑色火薬に浸透したため、点火しても燃焼が中断し工業雷管を起爆させることのできない本件ピースかん爆弾の導火線に点火して投てきした行為は、爆発物取締罰則 1 条にいう爆発物の「使用」に当たらないとして、本件爆弾は、「絶対に爆発の危険性がないものであった」として、控訴を棄却した。検察官は再度多岐にわたる上告趣意をもって上告した。

〈判 旨〉 破棄差戻し。

「ところで、爆発物取締罰則 1 条にいう爆発物の使用とは、一般的に治安を妨げ、又は犯人以外の人の身体若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おくことをいい、現実には爆発することを要しないものと解すべきところ……、被告人らの本件行為が、同条の構成要件的行為である爆発物の使用、すなわち『爆発の可能性を有する物件』を『爆発すべき状態におく』ことに該当するかどうかは、単に物理的な爆発可能性の観点のみから判断されるべきではなく、本条の立法趣旨、罪質及び保護法益を考慮しつつ、『使用』について前記解釈をとり、本件爆弾の構造上、性質上の危険

性と導火線に点火して投げつける行為の危険性の両面から、法的な意味において、右構成要件を実現する危険性があったと評価できるかどうかが判断されなければならない。」

「これを本件についてみると、前記説示の事実関係を前提とすれば、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ではなく、単に爆発物の本体に付属する使用上の装置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う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 1 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 8・第 9 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』にあたりと解すべきである。しかるに、原判決は、本件爆弾の導火線に補修を施さない限り、そのままでは点火して投てきしても物理的な爆発可能性の状態におくことができないものであった点をとらえて、第 1 審判決が被告人らの本件行為は同条にいう『使用』に該当しないと判断をたやすく是認しているのである。してみると、原判決は、右の点において判決に影響を及ぼすべき法令の解釈適用を誤った違法があるもので、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる。」としたのである（最判昭和 51・3・16 刑集 30・2・146 頁）。

さて、本件ピースかん爆弾投てき行為につき、1 審も原審も「使用」にあたらないとしていたのが、本判決でその見解を変えたのであるが、その理由は「本件行為当時、被告人は、導火線を工業用雷管に取り付けるに際して接着剤を使用することが燃焼中断、不爆発の原因となることは全く予想しておらず、かえって接着剤によって導火線が雷管に一層強度に固定され、したがって、導火線に点火すれば確実に爆発する構造、性質であると信じており、また、一般人にお

いてもそのように信ずるのが当然である」ということを根拠とする。しかも、物理的・科学的な観点からではなく法的な規範的な評価に基づいて判断しているのである。これは、まさに具体的危険説によって判断していると云わざるをえない。すなわち、行為者の主観的な確信、一般人の事前の危険判断、規範的評価ということを強調していることだろうかといえるのである。やはり、事後的・物理的・科学的判断からは、「絶対不能」のケースとあってよいのであって、1 審および原審がその用語こそ使用していないが、「使用罪」としては絶対不能であって、不能犯とするのが妥当であろう。なお、本件判決につき「本判決は、暗黙的に『不能犯の法理』を適用し、絶対・相対不能説と具体的危険説の中間項のあたりで判断しているものと評価でき、結論的には賛成できる。」(奥村)⁽⁴²⁾とは決していえないのであり、中間的解決というものはいない。本件は、すでに挙げた昭和 29 年の東京高判の軍用兵器である手榴弾事件のように、物理的・科学的検討をなさず、行為者や一般人の危険感を基礎にしたまさに具体的危険説に依拠するものであって、われわれの立場からすれば 1 審・原審同様「使用罪」は成立せず、絶対不能のケースといえよう。

(7) 天然ガス漏出事件

〈事実の概要〉

被告人 X 女は、無言電話等の嫌がらせに悩まされるなどして将来を悲観したことから、小学生の長女 A および次女 B を殺害して自らも死のうとの一家心中を図り、被告人方勝手場兼寝室において、右 A・B 両名を部屋の中で寝かしつけたうえ、ガス元栓が開放状態になっているガスコンロのゴムホースを引

(42) 奥村正雄「爆発物取締罰則 1 条の『使用』の意義と不能犯の法理」(同志社法学 151 号 1978 年) 64 頁。なお、本件第 1・2 審判決に対し、具体的危険説に依拠して批判する者としては、鎌原俊二「爆発物使用罪と不能犯」(警察研究 46 巻 5 号 1975 年) 54 頁。

き抜き、さらに、玄関ドア及び奥 6 畳間出入口のガラス戸の隙間をガムテープで目張りするなどして締め切り、都市ガスを室内に充満させ、両名を殺害しようとしたが、被告人 X 女を訪ねてきた友人に発見され、殺害するに至らなかった。

弁護人は、被告人が漏出させた都市ガスは天然ガスであって、一酸化炭素を含んでいないから人体に無害であり、不能犯である旨主張した。

〈判 旨〉 有罪(確定。殺人未遂で懲役 2 年 6 月、保釈付執行猶予 4 年)。

「本件で被告人が漏出させた都市ガスは天然ガスであり、天然ガスには一酸化炭素が含まれていないから、これによる中毒死のおそれはないと認められるけれども、他方、前掲証拠によれば、この都市ガスの漏出によって室内の空気中のガス濃度が 4.7 パーセントから 13.5 パーセントの範囲内にあった際には、冷蔵庫のサーモスタットなどの電気器具や衣類などから発する静電気を引火源としてガス爆発事故が発生する可能性があったのであり、さらにガス濃度が高まれば、室内の空気が都市ガスに置換されることにより酸素濃度が低下して酸素欠乏症となること、すなわち空気中の酸素濃度が 16 パーセント以下になれば、人体に脈拍、呼吸数増加、頭痛などの症状が現われ、酸素濃度が 10 パーセントから 6 パーセントを持続するか、またはそれ以下になれば、6 分ないし 8 分後には窒息死するに至ることが認められるのであるから、約 4 時間 50 分にわたって都市ガスが漏出させられて室内に充満した本件においては、ガス爆発事故や酸素欠乏症により室内における人の死の結果発生危険が十分生じうるものであることは明らかである。そのうえ、本件において被告人自身が自殺の用に都市ガスを供したこと、判示犯行の発見者である C は、ドアなど内側から目張りがされているのを見、さらに、被告人ら親子 3 人が室内で川の字に寝ているということを聞いたとき、被告人がガス自殺を図ったものと思ったと供述し、被告人宅の家主である D は室内に入った後、親子 3 人の中のいずれかの頭部付近が少し動いたのを見て、まだ死んでいないと思ったと供述して

いることなどに照らすと、一般人はそれが天然ガスの場合であっても、都市ガスを判示のような態様をもって漏出させることは、その室内に寝ている者を死に致すに足りる極めて危険な行為であると認識しているものと認められ、従って社会通念上右のような行為は人を死に致すに足りる危険な行為であると評価されているものと解するのが相当である。さすれば、被告人の判示所為は、到底不能犯であるということはできない」とした（岐阜地判昭和 62・10・15 判タ 654 号 261 頁）。

さて、本件では前半部分の本件天然ガスの毒性はないとしつつも、その濃度によってはガス爆発事故や窒息死の蓋然性が高いが故に、人の死の結果発生の危険性に言及している点を捉えて、殺人未遂を肯定した点は、客観的危険説の立場からも、「相対不能」として殺人未遂を認めてもよいと考えられる。ただし、後半部分の本件のような態様で都市ガスを漏出させることは、たとえ天然ガスであっても一般人において室内に寝ている者を死に到すに足りる極めて危険な行為であると評価され、したがって社会通念上人を死に致すに足りる危険な行為と評価されるという部分は、具体的危険説に依拠した説示と見られるのであって、この点是不適切な説示であったと思われる。現実には漏出させたガスである天然ガスが「判断基底」に置かれるべきであって、天然ガスによる死の高度の危険性の肯定でもって十分に足りるものというべきである。その点で、後半部分は、われわれの立場からは不要かつ不適切なものであって、天然ガスによる死の危険性の言及のみで十分であり、「判断基底」はあくまでも天然ガスの漏出という事実でなければならない。そのかぎりでのみ、殺人未遂を肯定すべきであると思料する。

お わ り に

以上、われわれの見解およびわが国の判例の状況を検討してきたが、これに

洩れる重要判例も多々あるものとするが、われわれの立脚する立場から判例を検討すれば以上のごとく分析することができる。他の判例も同様の手法で解決可能かと思われる。現実には実在した事実がまさに「判断基底」に入るのであって、決して一般人ないし社会通念によって事実を抽象化してはならない。また、規範の構造論からする行為無価値論を展開することも厳に戒めなければならない。それ故、一般人の判断や社会通念で人を刑罰に陥れることは、まさに社会正義に反することであって、刑罰権の濫用である。現実には生起した事実のみこそが重要なのであって、客観的「事実」を「観念」に置きかえることはできないのである。

(2014年9月22日稿)