

不能犯の考察

法学部3年 野本貴之

<目次>

I. はじめに

II. 類型

(1) 方法の不能

(2) 客体の不能

(3) 主体の不能

III. 学説

(1) 主観説

(2) 客観説

IV. 判例

V. 私見

参考文献

I. はじめに

現代においては、なんらかの法益が侵害された場合、被害者に代わり国が行為者に対して制裁を行う規定として刑法等が存在する。これは当事者間の不相当な均衡を無くし、またそうすることを規定することによって犯罪を無くそうとしていることは周知の事実といえよう。ただ、犯罪行為に着手した者が犯罪を遂げることができなかった場合について、すべてのケースに罰をあたえるというのには多少の疑問が生じる。

そこで、刑法においては一定の重大な犯罪（殺人罪等）については未遂処罰の規定を置き、犯罪類型によっては未遂犯も処罰する旨規定している。しかし、ここでいう「未遂」とは狭義の未遂、すなわち、障害未遂のことを指すが、広義の未遂（不能未遂）は、現行の日本の刑法には規定されていない。

不能犯（不能未遂）とは犯罪行為に着手したが、結果の発生が客観的に（物理的、現実的にも）不可能であった場合のことをいい、例えば、弾の装填がされていない銃で狙撃しようとした場合などがある。障害未遂との区別は後

述するとして、不能犯は規定がない以上、解釈論として不能犯の問題は捉えられているが、解釈論としての枠内に収まるほど軽視できる問題ではないはずである。

なぜなら、「不能犯」として判別された場合、行為者は無罪となる以上、行為者においては有罪か無罪かの区別になるため、障害未遂か不能未遂かの境界線はかなり重要である。それにもかかわらず、不能犯についての規定がされていないというのは、なにもをもって不能犯として判断するかの基準がまだ明確に位置づけられていないからであろう。

その理由としては、おそらく、障害未遂が処罰される根拠としては、行為者が行った当該行為が無罪として断ずるほどに「危険」がなかったとはいえないためであるが¹⁾、不能犯に至っては処罰根拠としての「危険」が存在しないため、そのような者には刑法の謙抑の原則からしても、処罰を与えるのは妥当ではないので、不可罰となるのだが、この「危険」という概念が一様ではなく多種多様であるため、抽象論的に規定を定めるのが難儀なのであろう。ここに不能犯を論ずる余地が十分にある。

また、不能犯をめぐる議論は、いかなるときに既遂結果に至る実質的な危険性が認められ、いかなるときに否定されるか、という未遂犯の実質自体にも係わるものに他ならず、極めて重要な意義があることはいうまでもないといえる。

本稿においては、不能犯として捉えられている類型を先に紹介し、いかなる場合に行為者を不能犯として捉えるかの基準（危険の存否）や、その基準判断における問題点等を論じ、最後に微力ながら私見を述べていきたい。

Ⅱ. 類型

前述したように、不能犯とは、行為者としては犯罪の実行に着手したつもりであったが、結果が発生しなかった場合であって、広義の未遂犯の一種である（不能未遂）。ただ、結果不発生の理由が、なんらかの行為があったにも

かかわらず結果発生の「危険」そのものが生じなかったことに求められる点で、「危険」が生じたにもかかわらず何らかの事情で結果が発生しなかった狭義の未遂犯（障害未遂）から区別される。以下より不能犯としての類型3種を述べていく。

(1) 方法の不能

方法の不能とは、犯罪行為の既遂を生じさせるべき方法として採られたものが不適切であったため、既遂に至る危険性が無い場合をいう。

たとえば、殺人の意思で硫黄粉末を服用させた場合などがある²⁾。硫黄粉末では人は死なないため、殺人に用いた硫黄粉末の服用が人を殺すという結果には至らないので手段としての方法が不能なのである。

この方法の不能には、不能犯として未遂罪の成立を否定した判決がいくつかある。そして、方法の不能にはさらに、3つの類型に分類できる。以下に簡素に紹介する。

1. 手段の効果についての錯誤³⁾

この場合の過去の事例として、行為者がAの静脈内に、いわゆる空気栓塞をおこさせてAを殺害する意思で、Aの両腕の静脈内に空気を注射したが、致死量に達しなかったので殺害の目的を遂げなかった場合などがある⁴⁾。この事例では、高裁においては「医師では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」していたので、不能犯ではないとしており、具体的危険説に類似した見解だが、上告審判決では「被注射者の身体的条件その他の事情のいかんによっては死の結果発生の危険が絶対にはないとはいえない」として、いわゆる絶対不能・相対不能説をとって判示しており、裁判所においても判決の理由（見解）が異なることがわかる。

2. 手段の作用についての錯誤⁵⁾

これは、手段として用いた物そのものは外形的には危険であるが、物理的、現実的には不能である場合をいう。前述の警察官から拳銃を奪取する事例などを言う。この事例における判例は具体的危険説をとったと解されるが、客観的危険説を支持する学説は、見解が異なっている⁶⁾。

3. 手段を取り違えた場合⁷⁾

この場合の事例として、行為者はA殺害するために毒薬を買ってきて戸棚に入れておき、実際にAに飲ませようとしてビンを取り出すときに間違えて、となりにあったビンを取り出してAに飲ませた場合などがこれにあたる。この場合において、毒入りのビンととなりにあったビンが極めて類似しており、一般人も誤認するおそれがある状況下にあつては、学説によって見解が異なる。

(2) 客体の不能

客体の不能とは、個々の構成要件が要求する客体が存在しないとき、あるいは客体に関して構成要件的に要求される属性が欠けるために、既遂に至る危険性が無い場合をいう。

たとえば、拳銃を受けて倒れている人に止めを刺そうとして、殺意をもって日本刀を突き刺したが、既に被害者が死んでいた場合などである⁸⁾。殺人罪の客体は人であるため、死体に対して、人が死ぬ程度の殺人行為を行ってももはや死んでいるため殺人罪は成立しない。

客体の不能に関しては、後に述べるように、方法の不能と対比して「具体的危険説」類似の基準により未遂犯の成立を肯定されている判決があることが窺える。

(3) 主体の不能

主体の不能とは、構成要件が要求する主体に関する属性が行為者に欠ける

ため、既遂に至る危険性が無い場合をいう。身分犯などがこの類型に属する。

たとえば、背任罪に関して事務処理者としての身分の無いものが、身分を基礎づける事実を誤信して、背任行為を行おうとしたようなとき、公務員でないものが、自分は公務員であると思って他人から賄賂を収受した場合などである。

主体の不能に関して争いとなった事例は実は存在しないため、理論上考えられている類型ではあるが、構成要件の要求する主体性が無い以上不能犯として扱ってもさほど異論は無いところである。

川端博によれば背任罪に関して「不能犯」としてではなく、「幻覚犯」と解して不可罰とする見解を示している⁹⁾。これによれば、『幻覚犯は、ある事実が犯罪を構成しないにもかかわらず犯罪を構成すると誤信した場合であり、不能犯は、構成要件に該当すべき事実が存在しないのに存在すると誤信した場合なのである』とされ結論的には、背任罪は「幻覚犯」として「不能犯」の問題ではないとされるが、不能犯と同様、行為者の罪責を問わない点は一致している。

Ⅲ. 学説

次に学説をみていくが、不能犯をめぐる学説は多種多様であるため大別して紹介する。その中でも、現在日本ではあまり、有力に主張されていない説もあるが、考え方の概念としては重要であり、また、他の説との比較のため、ここでは簡単に紹介する。どの説をとるかによって具体的事例においては結論が異なることもあるため、特に具体的に様々な事例を検討することが不能犯議論においては必要である。それは、未遂犯特有の処罰根拠が「危険」という曖昧な根拠たる所以であるかもしれない。

危険性の存否判断は、いかなる事情を判断基底（判断の基礎事情）としているかということと、その判断基底に対していかなる判断基準（法則的知識

のレベル)を適用するかということの二つの観点から捉えることができる。

前者は、i) 具体的な状況下において行為者の現に認識した事情を基礎とする場合、ii) 当該の状況中において一般人ならば認識するであろう事情を基礎とする場合、iii) 当該の状況中において一般人ならば認識するであろう事情と行為者の認識した事情で真実であるものを基礎とする場合、あるいは、iv) (事後的に見て) 事実として客観的に存してすべての一定の事情を基礎とする場合、というように分類されるであろう。

後者も、現実的な意義は別として、a) 行為者個人の法則的知識、b) 一般人の法則的知識、c) 科学的教育を受けた人・専門家の法則的知識というような分類が可能であろう¹⁰⁾。

(1) 主観説

1. 純主観説

純主観説は、未遂犯の処罰根拠を「行為者の性格の危険性」に求め、犯罪意思が外部的に明瞭に表れた時に行為者の危険な性格が確認されるとして、未遂犯処罰を認めるので、原則として不能犯を否定する見解である¹¹⁾。宮本英脩によれば「違法ハ即チ…主観的二成立ス。而シテ違法アレハ必ス法益ノ侵害又ハ脅威…アリ。…危険ハ必スシモ特定又ハ不特定ノ法益に對スル近接ナル危険ニアラス」¹²⁾として危険は具体的危険でなくとも抽象的で足りるとしている。すなわち、客観的に結果の実現が不可能であっても、犯罪意思の存在により行為者の危険な性格が徴表されている以上、未遂犯としての当罰性が肯定される。これによれば、行為者の危険な性格が確認されれば、未遂処罰と足りうるので、砂糖で人が殺せると誤信して殺意をもって砂糖を人に投与した場合にも、殺人未遂の罪となるのである。

ただし、この説は例外的に牛の刻参り¹³⁾などのように超自然的方法を用いる迷信犯¹⁴⁾を不能犯と解している¹⁵⁾。迷信犯の場合、いかなる自然的方法をも辞さないほどの反規範的性格を有した者が斯かる手段に出たのではなく、一

切の現実的な自然的方法をとることにたえない程の怯懦な性格しか有していない者が超自然的方法の力を藉らんとしたものである以上、性格的に現実的な手段に訴える危険がないので、何ら危険性はなく、その行為も違法とはなりえないとされる¹⁶⁾。

しかしながら、迷信犯を不能犯とする根拠がこの説においては導かれておらず、むしろ自己矛盾をきたしている。すなわち、行為者の性格の危険性を処罰根拠とするならば、超自然的方法である呪術なども、危険な性格の徴表といえ、処罰に値するという結論に導かれるはずである。それにもかかわらず、迷信犯を不能犯と解するのでは、首尾一貫しておらず、不当というほかない。さらに、たとえ行為者が砂糖で人を殺せると誤信しても、一般常識的に砂糖で人を殺せることは通常考えられないため、殺人未遂とするのは妥当ではなく、行為者の主観性に判別を求められる以上、判断の区別が難しく、やはり妥当とはいえないだろう。

2. 抽象的危险説

この説は、主観的危险説とも称され、未遂犯の処罰根拠を「行為者の意思の危険性」に求め、具体的な状況下において、行為者の現に認識した事情をそのまま（真実と仮定して）基礎とするならば、その認識事実が現実であった場合に、一般人の見地から結果発生の危険があるとされるときが未遂犯、その危険がないときが不能犯であるとする見解である¹⁷⁾。

この説によれば、迷信犯はもとより、前述の例の砂糖の投与では、一般人の見地においては砂糖で人は殺せないのであるから不能犯であるとされる。これに対し、行為者が砂糖を青酸カリと取り違え青酸カリと信じて殺意をもって他人に飲ませた場合には、行為者の認識した事情のもとにおいて行為がなされたならば、客観的に結果発生の抽象的危险があるから未遂犯であるとされる。本説は、主観説と同様に、合理的に理解しうる犯罪的な意思、反規範的意思に基づく行為のすべてを処罰することに帰着し、それはまさしく、規範違反の意思を違法性の根拠とする行為無価値論の論理的帰結である

といえよう¹⁸⁾。

また、本説は行為者の認識事情に着目するが、一般人の危険判断を介在させ、行為の危険性を問題とする点が主観説と異なる。

なるほど、主観説とは判断基準を異にして一線を画している。しかしながら、判断基底を行為者の認識した事情に重きを置いている以上、主観説における批判がこの説にもあてはまるだろう。すなわち、行為者の認識事情は外形的には判断が困難であり、先の例では行為者が「砂糖」で殺せると思えば不能犯、「青酸カリ」と思えば未遂罪、といった結果になるのである。外形的には、同様の行為であり、故意も変わらない。そうであるにもかかわらずこのような結果の差を生じるのは、やはり不当であろう。客観的に見て青酸カリでないことが明らかなのであれば、仮に、行為者が青酸カリと誤信していたとしても結果発生への可能性がない以上、やはり不能犯とすべきであろう。

また、行為者の危険は責任論において問題にすべきであって、未遂犯の領域で取り上げるべきではないといった批判も存する¹⁹⁾。

(2) 客観説

1. 客観的危険説

客観的危険説とは、科学的な因果法則に基づいた法益侵害の可能性の物理的・客観的判断を事後的に行うものである。未遂犯の成立要件である既遂結果発生の危険を行為時ではなく事後的に科学的知見に基づいた判断をするのがこの説の特徴であり、結果無価値論の論理的帰結といえよう。しかし、この説を純粹に貫徹すれば、現に結果が発生しなかった以上、それは必然の産物となり、すべて不能犯ということになり、未遂犯という範疇が存しないことになろう。そこで、客観的危険説には多少の修正が余儀なくされるのである。

近時の代表的見解として、まず第一に、結果が不発生であった原因を究明して、事実がいかなるものであれば結果が発生しえたか、ということを経験

的に解明し、次いで、そのような結果発生をもたらすべき（仮定的な）事実が存しえたか、という「仮定的事実の存在可能性」を一般人を基準にして事後的に判断し、存在しえたといえる場合に、客観的危険が認められる、と構成するものが挙げられる²⁰⁾。

その他にも、事後判断を徹底した「実在的危険性」を示そうとする見地から、可罰未遂（実在的危険性）は、結果発生の必要条件を備えていたにもかかわらず、別の因果系列（救助的因果関係）の偶然的介入によって、その充分性を欠落させたときにのみ存在し、また、他方、結果発生の必要条件が当該行為の因果系列の中になかった場合、すなわち、その因果系列において結果の不発生が必然的であった場合に、可罰未遂の問題となる余地は全くない、とする見解²¹⁾、客観的危険説の修正する必要性を否定し、事実を客観的に確定したうえで、「科学的不確実性」の範囲でのみ危険の発生を肯定するかなり徹底した見解²²⁾などがある。

かつての判例が採用していた「絶対不能・相対不能説」は、客観的危険説の一様である（近時の下級審判例には具体的危険説に従うものが多い）。すなわち、一切の判断事情を事後的に見て、犯罪行為の性質上結果発生の危険を絶対に不能ならしめるものを不能犯と解していた。しかし、これに対しては、絶対不能・相対不能の区別は漠然あるいは曖昧であるといった批判を受けざるをえなかった。結局、絶対的に不能であるか否かの判断は、裁判官の恣意的判断を導きかねないのである。

また、客観的危険説に対する第二の批判点は、事後的判断の見地からの、抽象的な類型化された危険だということである。たとえば、「刑法において問題となるのは、『その具体的行為』が危険であるか否かの点である。それは行為当時における『その行為』について問題となる。これを抽象化（一般化）することは理由を欠く」²³⁾や、「古い客観説のように、単に手段・客体の概念的な性格を基準にして危険の有無を判定するという方法は、具体的にその実行行為を判断しているのではなく、それに類似した他の行為を判断し、その結論を具体的行為におしつけている結果となる」²⁴⁾と、述べられている。

2. 具体的危険説

具体的危険説は、客観的危険説と比べて、より具体的に危険を判断する現在の支配的な見解である。具体的危険説は、行為の時点において、一般人が認識しえた事情と行為者が特に知っていた事情を基礎として判断した場合に、一般人が結果発生の危険を感じる場合には可罰的未遂を肯定する見解である。客観的危険とは違い、行為時の事前判断に重きを置き、行為無価値論の論理的帰結ともいえ、また危険の基準も一般人の判断である。つまりは、一般人が危険とを感じるならば未遂といった判断に至る。判断基底を一般人と併せて行為者が含まれているのは、一般人だけに限ると不都合な結果が生じることを防ぐためであって、たとえば、行為者がある者に砂糖を投与していた場合、外形的には危険を感じないため犯罪を醸さないが、これが真には被投与者が重度の糖尿病患者であって、行為者がこれを認識していた場合などである。これが殺人の故意で行っているのであれば、可罰的行為といえよう。しかし、具体的危険説にも以下のような問題がある。

第一は、例外的に行為者の認識（特別知識）を危険判断の基礎とするという点である。たしかに、具体的危険からは、特別知識を考慮しなければ不都合な点があるが、行為者の認識によって危険性の有無が決定されるということは不合理である。すなわち、先の例では相手方が糖尿病であれば、砂糖を与える行為は客観的には危険であり、そのことを知っているか否かで不能犯か否かの判断をするのは主観説となんら遜色のない見解となる。これは「もっぱら責任の問題として解決すべきであると思われる」と述べる論者もいる²⁵⁾。

第二は、一般人を危険判断の基準にするという点である。すなわち、一般人が常識的には毒と知っているようなものならば問題とはならないが、ある薬物を与えた場合にそれが一般人には認識のない専門的な薬物であった場合に問題となるのであり、また逆もしかりである。一般人が危険を感じなければ毒を与える行為も不能犯となり、逆に、生命に危険のないものでも、一般人が危険を感じれば未遂となる。このような結論に合理性があるとはいえない

いのはいうまでもない。

第三に、一般人の持つ行為時の印象・危険感を未遂犯の処罰根拠とすることの不合理性である。これは、たとえば、一般人が誤認するほどの人にそっくりな案山子を銃で発砲した場合、いかに一般人が殺人の危険・印象を感じたとしても、まったく人の死亡という客観的危険がないときまで殺人未遂とすることには疑問である。

3. 小括

以上学説を前述の砂糖の事例をもとに大まかに分けると下図のように分類される。

図1 [不能犯学説]

(○=未遂犯 ×=不能犯)

学説 類型	客観主義的見解		主観主義的見解	
	客観的危険説	具体的危険説	抽象的危険説	主観説
I 一般人も毒薬 と思った	×	○	○	○
II 一般人は砂糖 と思った	×	×	○	○
III 行為者は砂糖 でも殺せると 思った	×	×	×	○

註→出所²⁶⁾

ご覧のとおり、客観的危険説ならば不能犯の成立範囲は広く逆に主観説ならば狭くなる、といった結論になる。前述のとおり、行為者においては犯罪の有無の境界線である以上、慎重かつ妥当な結論が要求される論点である。

学説では我が国においては主観説・抽象的危険説を主張する学者は限りなく少なく、通説は具体的危険説で有力なのが客観的危険説である。その理由として、不能犯は、犯罪行為が未遂に至った理由に「危険性」がないとして、不能犯として刑を科さない以上、主観説のいう行為者の危険性ではなく、や

はり客観的に「危険」を判断すべきなのである。行為者の意思を危険とするならば上図のごとく不能犯の成立余地はなくなり、また、常識的に「砂糖で人を殺すことができる」と思う者はいないであろうし、仮にいたとしても、砂糖を与える行為をした者に刑罰を与えることが妥当ではないことはいうまでもないだろう。

それゆえ、具体的危険説と客観的危険説とが対立しどちらが妥当か問題となっている。

学説によっては、具体的危険説によりながら、「一般人による事前判断」という点を修正する見解²⁷⁾など、一部を修正して独自の理論を展開する学者も存する。

Ⅳ. 判例

では、判例はどういった事例においてどのような判断を下しているか。前述したように、従来は「不能犯とは犯罪行為の性質上結果発生の危険を絶対に不能ならしめるものを指す」²⁸⁾として、いわゆる絶対不能・相対説に依って判決を下している。この説は、一般に、結果発生の客観的危険性がない場合を絶対的不能、当該状況下における特別の事情から結果発生の客観的危険性がない場合を相対的不能とし、後者は可罰的未遂であるとする。しかし、既述のとおり、その後の下級審判例には具体的危険説に従うものが多く、現在では概ね具体的危険説を基調としていると解するのが一般のように思われる。

方法の不能の不能犯成立事例として、①前述の硫黄を飲ませて殺害しようとした事案につき、この方法による殺害は「絶対不能」であるという理由により、殺人罪としては不能とした事例²⁹⁾、②殺意をもって安全栓を抜いた手榴弾を投げ込んだが、長らく地中に埋没していたため「手榴弾本来の性能を欠いており、たとえ安全装置を外して撃針に衝撃を与えても爆発力を誘起しえない」ものにつき、「危険状態を発生する虞はない」として殺人未遂の成立

を否定した事例³⁰⁾、③覚せい剤を密造しようとしたが、主原料が真正なものでなかったため、製造することができなかった事案につき、「結果発生の危険は絶対に存しない」として、覚せい剤製造未遂の成立を否定した事例³¹⁾などがある。

逆に、不能犯が否定された事例として、①前述にいう空気注射の事例である³²⁾。殺人の故意で、被害者の静脈内に蒸留水とともに空気を注射したが、量が致死量にまで至らなかったため、目的を遂げなかったという事例で「被注射者の身体的条件その他の事情のいかんによっては死の結果発生の危険が絶対にないとはいえない」として殺人の未遂の成立を肯定した。②科学的根拠を有する方法で覚せい剤の製造を図ったが、工程で触媒として使用した薬品の量が必要量以下であったために製品を得るに至らなかったという事例³³⁾において「もしこれを二倍量ないし三倍量用いれば覚せい剤の製造が可能であった」として覚せい剤製造未遂が成立した。先の方法の不能の覚せい剤の事例と結論が異なるのは、客観的に可能か否かの考えで、すなわち、客観的危険説に依って判断したのであろう。結論が異なっているが特に矛盾するわけではない。

次に、客体の不能として、①強盗を行おうとしたが、被害者が懐中物を所持していなかったため、強取しえなかった事案については、「通行人が懐中物を所持するが如きは普通予想しうべき事実なればこれを奪取せんとする行為はその結果を発生する可能性を有するものにして実害を生ずる危険がある」として、強盗未遂罪の成立を認めた事例³⁴⁾、②銃撃を受けて倒れている人にとどめを刺そうとして、殺意をもって日本刀を突き刺したが、すでに被害者は死亡していた（ただし、鑑定は分かれた）という事案において、被害者の生死については専門家の間においても見解が分かれるほど微妙な案件で、行為者が被害者の生存を信じていただけでなく、「一般人も亦当時その死亡を知りえなかったであろうこと……〔被害者〕が死亡するであろうとの危険を感じずるであろうことはいづれも極めて当然というべく……行為の性質上結果発生の危険がないとは云えない」として殺人未遂の成立を肯定した事例³⁵⁾

などがある。

以上を比較するに方法の不能より客体の不能事例のほうが、より具体的、いふなれば一般人の判断を取り入れて判決を下しているのに対し、方法の不能事例では客観的な危険があるか否か、すなわち、客体の不能より客観的に判決を下していることがわかる。これをみると両者を別々に考え、結論を異にすべきか、あるいは、各々の学説を一貫し方法・客体にとらわれずに結論を導くかといった考えを一考させられる。ここに、未遂における「危険」のとらえ方の難しさを感じるものである。

V. 私見

以上の学説、判例を踏まえて私見を述べていきたい。

不能犯とは、行為に及んだが、その行為が常識的に照らして「危険」がないゆえに無罪と処することが合理的であることに起因するものと思われる。それゆえ、具体的危険説のいう判断基準に一般人が用いられているのであろう。この「危険」をいかにして考えるかが未遂犯類型の最大の争点であり、考え方いかんによっては結論が異なる。ではいかにして考察するか。

おもうに、一般的な「危険」とは、人が生きてきた人生の経験則あるいは社会の教訓によって学んだ、自己または他者になんらかの害が生ずる可能性がある状態を指すことである。前述のとおり、その害（危険）は多種多様であり、人の行為だけに捉えられるものでもない。この害を意図的に作出し他者の法益を侵害するおそれを生じさせることこそ刑法のいう「危険」にほかならないだろう。そうであるならば、「危険」とは行為者のみならず、被害者などの周りの人に対しても認識できるものでなければならぬだろう。なぜなら、他の者が「危険」を認識する以前の状態においては、行為者においても犯罪行為に及ばず自主的に控える可能性もあり、また、認識されていないのに危険者として扱うことは、危険者の擬態化であろう。たとえば、ナイフを所持した者がある者を殺害しようとしたときに、所持の段階では故意があ

ろうとも行為に及んでいない以上殺人罪には当たらないのが通常である。この際に、行為者がナイフを露わにしない限りは、相手方は危害が生ずる可能性など認識しないのであり、行為に及んで初めて認識するものである。

そして、「危険」とは一般人が考える「危険」こそが、刑法にいう「危険」であると考えられる。刑法が罪なき者を保護する機能を持ち合わせていることを踏まえると、専門的知見を有する者の判断と一般人の判断・感覚は隔たりがあり、不相当な結果になりえそうである。先の判例の手榴弾事例がまさにそうではないだろうか。一般的に手榴弾は命を落とす可能性もある危険な物である。この場合において、爆発をしなかった可能性や機能を問うのではなく、爆発物と考えられるものを、人に投げること自体が「危険」なのであって、その行為から派生して違う法益が侵害されるとも限らない。

以上で述べている通り、一般人を基準にして、行為の具体的な妥当性を検討する具体的危険説を私は妥当と考えるが、客観的危険説からは強い批判もある。山口厚は、「具体的場合における侵害の可能性以上のものを考慮するのは、『具体的』危険以上の『一般的』危険を具体的危険として処罰しようとするものであり、結果（危険）の具体的場合における発生を理由としてではなく、一般的に見て危険と考えられる行為が行われたことを理由として処罰しようとするものといえよう。……一般的な危険な行為が行われたことによって『推定ないし擬制』されていると見うる」³⁶⁾といった批判がある。

なるほど、具体的な危険行為を一般的危険行為として類型化さらには危険の擬制をしているようにもたしかに思える。さりとて、刑法では、保護法益を暗に示して規定されている以上、ある程度「危険な行為」は似かようものである。そしてそれは各構成要件において法益を異にし、その都度「危険な行為」は具体的に変わるものである。団藤重光が「不能犯もまた構成要件該当性の問題」³⁷⁾というのも、このことを踏まえているのであろう。

さらに、客観的危険説のいう、「絶対に存しない」など、結局は一般人目線で判断を下しているようにみえ得るし、科学的根拠がないから無罪とするのも妥当ではない。警察官が携帯している拳銃を奪い発砲したが、たまたま実

弾が装填されていなかった事例³⁶⁾がまさしくそうであろう。厳密にみれば弾が装填されてない以上は、客観的には人が拳銃で殺害される可能性がないため客観説においては不能犯とするべきところ「常時弾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」として、一般的基準を用いたところ、具体的危険説によって判決を下しているのがわかる。然るに、客観的危険説が有力であるのは、やはり「一般人」という基準の曖昧さであろう。しかしながら、私見としては「危険」とは、誰もがそう感じて不思議ではないのが「危険」であり、一般人を基準に考えるべきである。そして「一般的な危険」とは誰もが、あることを「危険」と判断することに対し、合理性のない否定をしないことであろう。すなわち、当該状況ならば「危険」と感ずるのが常識的な場合を指すのであり、核心的ともいえる曖昧さではないのである。

したがって、客観的危険説には妥当性を感じられず、やはり、具体的危険説が妥当である。しかし、具体的危険説に指摘される批判は充分には解決には至ってはならず、まだまだ検討の余地が必要である。

注

- 1) 客観主義と主観主義とでは、激しく対立しており、未遂犯の処罰根拠として、客観主義は「行為」の危険性だけを問題にしたが、主観主義は「行為者」ないし「法秩序」の危険性を問題にした。川端博『新論点講義シリーズ 刑法総論』196頁参照。
- 2) 大判大正6・9・10刑録23輯998頁。ただし、傷害罪は成立した。
- 3) 川端博『刑法総論講義 第2版(2006年)』493頁-494頁参照。
- 4) 最判昭和37・3・23刑集16巻3号305頁。
- 5) 川端博『刑法総論講義 第2版(2006年)』494頁参照。
- 6) 山口厚は実弾がこめられていた可能性を問題とし、十分にあり得た場合には具体的危険があるとす。これに対して事後的に見れば絶対に結果発生は不可能であったので、不能犯と解すべきとする説もある。川端博『刑法総論講義 第2版(2006年)』494頁参照。

- 7) 川端博『刑法総論講義 第2版(2006年)』495頁参照。
- 8) 広島高判昭和36・7・10高刑集14巻5号310頁。ただし、当該行為の際に被害者が死んでいたかは鑑定人の間では意見が分かれている。
- 9) 川端博『刑法総論講義 第2版(2006年)』496頁参照。
- 10) 伊藤研祐『刑法講義総論(2010年)』316頁参照。
- 11) 宮本英脩などがこの見解をとる。宮本英脩『宮本英脩著作集 第一巻 刑法學網要(1986年)』450頁参照。
- 12) 宮本英脩『宮本英脩著作集 第一巻 刑法學網要(1986年)』450頁参照。
- 13) 丑の刻参りとは、丑の刻(午前1時から午前3時ごろ)に神社の御神木に憎い相手に見立てた藁人形を毎夜五寸釘で打ち込むという、日本に古来伝わる呪術の一種。
- 14) 科学知識のなかった時代には、迷信犯も法的な犯罪定型でありえた。たとえば、我が国でも、仮刑律(明治2[1869]年)には「妖術」で人を殺す規定があり、新律綱領(明治3[1870]年)にも「凡^{およそ}魔魅を行ひ府書を造り呪詛して人を殺さんと欲する者は各謀殺を以て論ず」るものとされていた。団藤重光『刑法綱要総論(1990年)』166-167頁参照。
- 15) 不処罰とする理由については、学者によって区々であり、例えば迷信犯は責任無能力者、あるいは迷信犯は教唆の未遂とする等々。宮本英脩『宮本英脩著作集 第一巻(1986年)』448頁参照。
- 16) 宮本英脩『宮本英脩著作集 第一巻 刑法學網要(1986年)』451頁参照。
- 17) 牧野英一、木村亀二などこの見解である。高橋則夫『刑法総論(2010年)』373頁参照。
- 18) 西田典之『刑法総論(2006年)』286頁参照。
- 19) 川端博『刑法総論講義 第2版(2006年)』487頁。
- 20) 山口厚『危険犯の研究(1982年)』164頁以下参照。
- 21) 山口厚『問題探究刑法総論(1998年)』216頁参照。
- 22) 山口厚『問題探究刑法総論(1998年)』216頁参照。
- 23) 滝川幸辰『改訂犯罪論序説(昭和22年)』193頁。山口厚『危険犯の研究(1982年)』20頁以下参照。
- 24) 西山富夫「リストと具体的危険説」『名城法学』18巻2号(昭和44年)17頁。山口厚『危険犯の研究(1982年)』20頁以下参照。
- 25) 西田典之『刑法総論(2006年)』288頁。
- 26) 曾根威彦『刑法総論 第4版(2008)』220頁参照。

- 27) 高橋則夫『刑法総論（2010年）』374頁参照。
- 28) 最判昭和25・8・31刑集4巻9号1593頁。
- 29) 前掲注2。
- 30) 東京高判昭和29・6・16東時5巻6号236頁。
- 31) 東京高判昭和37・4・24高刑15巻4号210頁。
- 32) 前掲注4。
- 33) 最決昭和35・10・18刑集14巻12号1559頁。
- 34) 大判大正3・7・24刑録20輯1546頁。
- 35) 前掲注8。
- 36) 山口厚『危険犯の研究（1982年）』169頁。
- 37) 団藤重光『刑法綱要総論（1990年）』171頁。
- 38) 福岡高判昭和28・11・10判特26号58頁。

参考文献

- ・伊藤研祐,『刑法講義総論』,日本評論社,2010。
- ・伊藤渉,『刑法判例百選I総論[第6版]「不能犯(1)」』,有斐閣,2008。
- ・大塚裕史,『刑法総論の思考方法[新版補訂版]』,早稲田経営出版,2008。
- ・川端博,『刑法総論講義[第2版]』,成文堂,2006。
- ・川端博,『新論点講義シリーズ 刑法総論』,弘文堂,2008。
- ・木村光江,『刑法判例百選I総論[第6版]「不能犯(3)」』,有斐閣,2008。
- ・佐伯仁志,『刑法の争点「不能犯」』,有斐閣,2007。
- ・曾根威彦,『刑法総論[第4版]』,弘文堂,2008。
- ・曾根威彦,『刑法における実行・危険・錯誤』,成文堂,1991。
- ・高橋則夫,『刑法総論』,成文堂,2010。
- ・滝川幸辰,『改訂犯罪論序説(昭和22年)』,有斐閣,1947。
- ・団藤重光,『刑法綱要総論[第三版]』,創文社,1990。
- ・西田典之,『刑法総論』,弘文堂,2006。
- ・前田雅英,『刑法講義総論[第4版]』,東京大学出版会,2006。
- ・松宮孝明,『刑法総論講義[第3版]』,成文堂,2004。
- ・宮本英脩,『宮本英脩著作集 第一巻 刑法學綱要』,成文堂,1986。
- ・山口厚,『問題探究刑法総論』,有斐閣,1998。
- ・山口厚,『危険犯の研究(1982年)』,東京大学出版会,1982。
- ・和田俊憲,『刑法判例百選I総論[第6版]「不能犯(2)」』,有斐閣,2008。