

只木ゼミ第三問（前期） 検察レジュメ

文責：3班

・事実の概要

甲は、姪のXを事故死に見せかけて殺し、保険金を窃取しようとして、友人であるY・Zと共謀の上、Xの静脈に空気を注射した。しかし、空気注射で人を殺害するには70ccが必要なところ、甲が に打ち込んだ空気は40ccに止まったため致死量に満たず、結果としてXは死ななかった。

・問題の所在

甲が、友人Y・Zと共謀の上、姪Xを殺害しようとして静脈に空気を注射した行為につき、殺人未遂罪（203条、199条）の共同正犯（60条）の成否を検討する。

本問で甲は、Xの静脈に空気注射をしているものの、注射した空気の量は致死量に達していない。そこで、このような甲の注射行為につき、殺人罪（199条）の实行行為を認めることができるか。实行行為とは、構成要件の結果発生の実現的危険性を有する行為をいうところ、犯罪を完成させる危険性を含んでいない行為によって、犯罪を実現しようとする不能犯は、实行行為性を欠き未遂犯の成立が否定され不可罰となる。そこで、不能犯と未遂犯の区別が問題となる。

・学説の状況

不能犯と未遂犯の区別の基準に関する学説の状況

（1）純粹主観説

およそ犯罪を実行しようとする意思を表現する行為があれば、その行為が危険性を有するか否かを問わず未遂犯が成立するという説¹（ただし迷信犯については、これを犯人の性格が臆病であるとして社会的危険性がないため不能犯とする）

（2）抽象的危険説（主観的危険説）

行為時に、行為者が認識していた事情を基礎として、客観的見地から危険の有無を判断し、一般人の立場から行為者の計画通りにことが進んだとしたならば結果発生危険があったか否かを問い、危険があると判断されるときは未遂となり、危険がないと判断されたときは不能犯となるとする説²

（3）具体的危険説

行為時に、一般人が認識し得た事情および行為者が特に認識していた事情を基礎とし、行為の時点に立って、一般人の立場から、そのような事情のもとに行為がなされたならば構成要件の実現が一般に可能であ

¹ 宮本英脩『刑法大綱〔覆刻版〕』成文堂（1985）192頁

² 牧野英一『刑法総論（上巻）』有斐閣（1958）332頁

ったといえるか否かを問い、それが肯定されるときは結果発生の具体的危険が認められるから未遂犯であるが、否定されるときは不能犯とする説³

なお、この説内部では、判断基準に関し「一般人」の概念を 科学的一般人と解する見解⁴、 社会の普通の一般人すなわち通常人と解する見解⁵とがある。

(4) 客観的危険説 (絶対的不能・相対的不能説)

不能の観念を、一般的に犯罪を実現することが不能な場合である絶対的不能と、特別の事情のために犯罪を実現することが不能な場合である相対的不能とに分けて、前者を不能犯とし、後者を未遂犯とする説

(また、この説に属するものとして、方法に関する相対的不能だけを未遂犯とし、方法に関する絶対的不能と客体に関する相対的不能を不能犯とする見解もある)

(5) 修正客観説

客観的な全事情を判断の基礎として、行為が法益侵害を発生させなかった場合において、 まず、結果が発生しなかった原因を解明し、事実がいかなるものであったら、結果の発生がありえたかを科学的に明らかにし(ここでは、一般人の認識可能性は無関係である) 次に、こうした結果惹起をもたらしべき(仮定的)事実が(現実には存在しなかったのであるが)存在しえたかを、一般人が事後的にそれを「ありえたことだ」と考えるかを基準として、結果発生も十分にありえたと考えられる場合に、危険を肯定するという説⁶

なお、 判断の基礎となる事情を何に求めるか、 判断主体(基準)、 判断基準時の三視点から上記学説を整理すると以下ようになる。

	判断資料	判断主体	基準時
(1) 純粹主観説	本人	本人	行為時
(2) 抽象的危険説	本人	一般人	行為時
(3) 具体的危険説	本人 + 一般人	一般人(多数説)	行為時
(4) 客観的危険説	客観的全事情	科学的	事後的
(5) 修正客観説	客観的全事情	科学的一般人	行為時

³ 大谷實 『刑法講義総論〔新版第2版〕』成文堂(2007)377頁

⁴ 井田良 『刑法総論の理論構造』成文堂(2005)274頁

⁵ 大谷實 『刑法講義総論〔新版第2版〕』成文堂(2007)379頁

⁶ 山口厚 『刑法総論〔第2版〕』有斐閣(2007)276頁

・判例〔福岡高判昭和28年11月10日〕

< 事実の概要 >

被告人は、巡査により公務執行妨害罪で逮捕されそうになったが、巡査の拳銃を奪取して巡査に向かって引金を引いたところ、同巡査が弾の装てんを失念していたため、殺害の目的を達成できなかった。

< 判旨 >

「案ずるに、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、苟しくも殺害の目的で、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じ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、これを以って不能犯ということとはできない。」

・学説の検討

不能犯と未遂犯の区別の基準について

- (1) 純粹主観説は、行為者の危険性を偏重し、実行行為の内容としての危険性が社会的見地において考慮される客観的危険性であることを軽視しており、また、迷信犯が不能犯として不可罰となる根拠がなく論理的・一貫性を欠くという点で妥当でない。
- (2) また、抽象的危険説は、客観的見地から危険性の有無を判断する点では評価できるが、判断の基礎となる事情として行為者の認識した事情のみを考慮するという点で、未だ行為者の主観の偏重といえ現実的危険性がない場合も処罰しなければならず妥当でない。
- (3) そして、客観的危険説は、犯罪結果が発生しなかった場合、その原因である事情を含む客観的全事情を判断資料に入れれば、結果発生は常に不可能となってしまう点で、未遂犯処罰規定を置く現行刑法に矛盾し妥当でない。
- (4) さらに、修正客観説に対しては、法益侵害の現実的危険性が、構成要件該当性の問題として、社会一般の目から見た典型的危険性を意味すると解すべきところ、同説が科学的危険性を中心に判断しようとする点で妥当でない。また、仮定的事実の存在可能性をどこまで過去に遡って考えるのかが明瞭でない点でも問題である。
- (5) 思うに、不能犯と未遂犯の区別は実行行為性の問題であり、これは構成要件該当性の問題である。そして、構成要件は社会通念上違法・有責な行為を類型化したものであるから、その該当性判断は物理的・科学的危険性に基づくのではなく一般人の見地から社会通念に従ってなされるべきである。したがって、危険性の有無の判断は、行為時に一般人が認識し得た事情を基礎に、一般人が危険を感じるかどうかを基準とすべきである。また、行為者の主観面も現実的危険性に影響を与えることから、判断資料として行為者が特に認識していた事情も考慮すべきである。以上から、行為時に、一般人が認識し得た事情および行為者が特に認識

していた事情を基礎とし、行為の時点に立って、一般人の立場から危険の有無を判断する具体的危険説が妥当であると考える。

なお、一般人の立場からの判断については、科学的一般人を基準として判断する見解、社会の普通の一般人すなわち通常人を基準として判断する見解とがあるが、不能犯における危険性は一般人の抱く危惧感としての社会心理的な危険性をいうから、科学的・物理的危険性を基礎としつつも、最終的には一般人を基準とすべきであるからが妥当であると考える。

もっとも、具体的危険説に対しては、判断基準に関して、一般人が科学的危険性を知らなければ、客観的に危険であっても不能犯となり妥当ではないとの批判があるが、一般人にとって全く危険性を感じ得ない行為までも処罰対象とするのは刑法の謙抑性に反するし、仮に行為者が行為の危険性を知っていれば、それは判断資料に組み込まれるため、かかる批判は当たらない。

・本問の検討

1.(1) まず、甲の注射行為について、殺人罪(199条)の実行行為性を認めることができるか。不能犯と未遂犯の区別につき、学説の検討で述べたように、行為時に、一般人が認識し得た事情および行為者が特に認識していた事情を基礎とし、行為の時点に立って、一般人の観点から危険性の有無を判断する具体的危険説に立って考える。

本問では、行為当時、甲が認識していた事情は、Xの静脈に40ccの空気を注射することである。これを基礎事情として、行為時に立ち、一般人の観点から当該行為の危険性の有無を判断するに、微量ならともかく、およそ人間の静脈に相当量の空気を注射する行為は、一般人にも素人的な科学知識が普及し静脈への空気注射が生命に対して高度の危険を及ぼし得る行為であると認識されている今日においては、生命侵害の現実的危険があったといえる。

よって、当該行為は不能犯にあらず、殺人罪(199条)の実行行為性が認められる。

そして、結果としてXは死亡しなかったため、当該行為は殺人未遂罪(203条、199条)の構成要件に該当する。

(2) また、甲はY・Zと共謀の上当該行為に及んでおり、共同正犯の成立要件である共同実行の意思と共同実行の事実のいずれも認められる。

(3) 以上より、甲は殺人未遂罪(203条、199条)の共同正犯(60条)の罪責を負う。

・結論

甲は殺人未遂罪(203条、199条)の共同正犯(60条)の罪責を負う。

以上