

### ・事件の概要

甲は自己の妻である乙を殺害しようと考え、それに同意した甲の愛人丙とともに、乙の静脈に空気を注射し、事故死に見せかけて同人を殺害する計画を立てた。

平成21年6月1日午後2時ごろ、甲及び丙は乙を欺罔し、乙の同意を得たうえで甲の手伝いの下、看護師に扮した丙が乙の腕の静脈内に蒸留水とともに約40ccの空気を注入したが、静脈内に空気を注入することによって起こる空気栓塞で人が死に至るには、70～300ccの空気を要するといわれており、実際に乙に注入された空気は右致死量に至らないことから、乙に変化は見られず、したがって甲及び乙は当初のかかる計画による乙殺害を諦めた。しかし、その翌日午後1時ごろ、甲は甲宅の寝室にて、強盗の仕業に見せかけて乙の頸を絞め、よって同人を殺害した。同じころ、丙は甲の犯行を知らず、乙が甲宅にいることを認識し、また甲が甲宅を外出したことを確認した後、午後1時15分ごろ甲宅に放火しこれを全焼させ、よって乙の死体を損壊した。

### ・問題の所在

1. 丙は乙の腕の静脈内に約40ccの空気を注入しているものの、一般的には、空気栓塞を起こし死亡するには70ccから300ccが必要と言われている。そこで、かかる場合であっても、丙の行為は殺人未遂罪の実行行為といえるか。未遂犯と不能犯の区別が問題となる。
2. 丙は乙の腕に空気を注入する際、乙から承諾を得ている。そこで、かかる場合、違法性が阻却されないか。
3. 丙は乙殺害の故意をもって甲宅に放火しているものの、乙はすでに死亡している。そこで、かかる場合であっても、丙の行為は殺人未遂罪の実行行為といえるか。未遂犯と不能犯の区別が問題となる。
4. 丙は甲宅に放火して乙の死体を損壊しているものの、丙には死体損壊の故意ではなく殺人の故意があることから、抽象的事実の錯誤があるといえる。そこで、かかる場合であっても、丙に死体損壊罪の構成要件の故意が認められるか。

## ・学説の状況

### 1．不能犯と未遂犯の区別の基準

#### A 説 客観的危険説<sup>1</sup>

不能を一般的に犯罪を実現することが不能な場合、特別の事情のために犯罪を実現することが不能な場合があり、の場合を絶対的不能としてこれに不能犯を認め、の場合を相対的不能としてこれに未遂犯を認める説。行為時及び行為後に判明した客観的な全事情を判断の基礎として、裁判時点に立って事後的・客観的見地から行為の危険性を判断する。

#### B 説 修正客観的危険説<sup>2</sup>

客観的な全事情を判断の基礎として、実行行為時を基準として、裁判官が一般人を基準として科学的合理的に、危険性の判断をすべきとする説。

#### C 説 主観説<sup>3</sup>

およそ犯罪を実現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であるとする説。

#### D 説 抽象的危険説<sup>4</sup>

行為者の犯罪的意思の危険性を出発点とし、行為の当時に行為者が認識していた主観的事情を基礎として、客観的見地に立って危険の有無を判断し、一般人の立場から行為者の計画どおりにことが進んだとして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るときは不能犯になるとする説。

#### E 説 具体的危険説<sup>5</sup>

行為の当時において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れば構成要件の実現が一般に可能であ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。

### 2．具体的危険説の一般人の基準

#### E-1 説<sup>6</sup>

科学的一般人を基準として判断すべきであるとする説。

#### E-2 説<sup>7</sup>

社会のふつうの一般人すなわち通常人を基準として判断すべきであるとする説。

1 大場茂馬『刑法総論』(1912)850頁

2 前田雅英『刑法総論講義』(第4版,2006)東京大学出版会151頁、山口厚『刑法総論補訂版』(2005)有斐閣238頁

3 宮本英脩『刑法大綱』(1935)弘文堂192頁

4 牧野英一『刑法総論』上巻(1958)有斐閣332頁、草野豹一郎『刑法要論』(1958)有斐閣114頁

5 大谷實『刑法講義総論』(新版第2版,2007)成文堂378頁、川端博『刑法総論講義』(第2版,2006)成文堂、香川達夫『刑法講義(総論)』(第3版,1995)成文堂323頁

6 木村光江『刑法』(1997)東京大学出版会358頁、井田良『刑法総論の理論構造』(2005)成文堂274頁

7 大谷・前掲379頁、香川・前掲323頁

## ・判例

### 1．方法の不能

東京高判昭和 58 年 8 月 23 日<sup>8</sup>

#### < 事件の概要 >

放火の目的で、懐炉灰 3 本を針金に結わえて点火し、便所の内壁の壁穴から外壁との隙間に差し入れて吊るしたが、そこは密閉された状態で、通風が悪く、可燃物に延焼する可能性がほとんどなかったとされた事案。

#### < 判旨 >

「被告人は...右事情に気づかず...延焼の結果を発生させうるものと信じており、また、一般人を同被告人が同判示行為の際におかれた立場に立たせてみても、やはり...延焼の結果を発生する危険性があるものと認識するのが当然、と考えられる状況にあった」

### 2．客体の不能

広島高裁昭和 36 年 7 月 10 日<sup>9</sup>

#### < 事件の概要 >

被告人乙は、左側胸部、背部および頭部に被告人甲の発砲した拳銃の弾が命中し、上向きで倒れていた被害者丙に対し、刃渡り約 60 cm の日本刀を用いて、とどめを刺すつもりで丙の左右腹部、右前腕部、前胸部を突き刺し、同人に対し背面に達する上腕部刺創の 2 個、前胸部切創、右前腕部刺創各 1 個を負わしめた。丙はその場で死亡した。

#### < 判旨 >

「被告人が丙に対し原判示傷害を加えたときには、丙は被告人甲によって加えられた原判示銃撃により...純医学的には既に死亡していたと認めるのが相当であるが...単に被告人乙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、従って又被告人乙の前記のような加害行為により丙が死亡するであろうとの危険を感ずるであろうことはいずれも極めて当然というべく...加害行為の寸前に丙が死亡していたとしても...行為の性質上結果発生危険がないとは云えない」

## ・学説の検討

### 1．不能犯と未遂犯の区別の基準

A 説は、科学的危険を前提とする。しかし、法益侵害の現実的危険性は、行為の具体的状況を基礎として社会一般の目からみた類型的危険性を意味すると解すべきであるから、科学的危険性を中心に考えるのは妥当でない。また、相対的不能と絶対的不能の区別を明確にし得ない点に本質的な疑問があり、支持しがたい。

B 説は、科学的危険性を中心に考えようとするが、法益侵害の現実的危険性は、すでに述べられたように構成要件該当性の問題として、社会一般の目からみた類型的危険性を意味すると解すべきであり、妥当

---

<sup>8</sup> 判時 1106 号 158 頁

<sup>9</sup> 高刑集 14 卷 5 号 310 頁

でない。

C 説は、主観主義刑法理論に由来する学説であるということ、主観主義によれば迷信犯も処罰すべきであるのにこれを不能犯とするのは、すでに主観主義が貫徹し得ないものであることを自認するものであることなどから、これを支持することも妥当でない。

D 説は、危険性の内容を犯罪実現の危険性として客観的に把握し、主観説の欠陥を是正しようとするものであるが、その危険性を行為者の認識ないし計画の内容の身を基礎として判断するものであるため、主観主義の域をでるものでなく妥当ではない。

思うに、実行行為の実質的な内容をなす結果発生の現実的危険性は、必ずしも物理的・科学的危険性を意味するものではなく、すでに述べたように、行為の具体的状況を基礎として一般人の見地から判断した類型的危険性であると解すべきである。

とすれば、このような危険性を含んでいる行為である限り、未遂犯にあたりと解すべきであり、その意味において、行為の客観的危険性を一般人の立場から判断しようとする E 説が妥当である。

また、一般人の観点から危険でない行為であっても、例えば、一般人からは案山子であると見えても、行為者がそれが人であることを特に知っていた場合には、それに向けて銃を発射すれば結果発生の現実的危険が生ずるのであるから、行為者が特に認識していた事情も判断の基礎とすべきである。このように考えると、不能犯における危険性の有無の判断は、行為者が特に認識していた事情および一般人が認識することのできたであろう事情を基礎として、行為の時点に立って、一般人の立場から見て構成要件の結果発生の現実的危険性があったと認められるか否かに従って行うべきである。

## 2. 具体的危険説の一般人の基準

一般人の立場からの判断については、E-1 説と E-2 説とが対立している。E-1 説は、刑事訴訟法に鑑定人の制度を設けているということを根拠とするものであるが、不能犯における危険性は科学的・物理的危険性自体を意味するものではなく、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・物理的な危険性を基礎としつつ、最終的には一般人すなわち通常人を基準として判断すべきであり、E-2 説が妥当である。

### ・本問の検討

#### 一. 甲の罪責について

1. まず、本問において甲と丙は共謀して、乙を騙し承諾を得た上で、乙の静脈に空気を注入し、乙を殺害しようとしたが、乙は死に至らなかった。かかる点について、甲に殺人未遂罪の共同正犯(60 条、203 条、199 条)が成立するか。

もっとも、丙が乙の腕の静脈に注入した空気は約40ccであり、一般的に空気栓塞を起こし死亡するのに必要な70ccから300ccに及ばない量であった。そこで、このように手段としての適格性はあるが、致死量でなかったために殺害目的を遂げなかった丙の注射行為につき、殺人未遂罪の実行行為を認めることができるか。不能犯と未遂犯の区別が問題となる。

2. (1) この点、検察側は E 説(具体的危険説)、E-2 説に基づいて本問を検討する。

本問において、丙が乙の静脈に注射する時に、丙が認識していた事情は乙の静脈に 40 ccの空気を注

射することである。

そして、これを基礎事情として、行為時に、一般人の立場から判断するに、専門的な科学知識を有しない一般人にとって、とるに足りない微量と70ccの差異を識別するならともかく、40ccと70ccの差異を識別して、かつその差異が生死に関わる重要なことであると認識することは困難であるから、40ccが致死量でないと判断するのは困難であるし、そもそも40ccもの空気を直接血管に注入するという行為自体だけでも、人の身体になにかしらの変調をきたす危険な行為であると認識し得る。したがって、一般人の立場から見て40ccもの空気を人間の静脈に注射すれば、死という結果が発生しうるといえるため、生命侵害の現実的危険性が認められる。

(2) よって、当該行為には、殺人罪の実行行為性が認められる。そして、結果として乙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。

(3) また、甲と丙には、騙す役、看護師として注射をする役、といった相互に利用・補充して乙を殺害しようという共同実行の意思があり、事前に殺害方法を相談するなどして共謀し、甲が乙を騙し承諾を得た上で、丙が当該行為に及んでいる共同実行の事実もある。したがって、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. 次に、違法性が阻却されないか検討する。

(1) もっとも、甲と丙は乙の腕に空気を注入する際に乙から承諾を得ていることから、被害者乙の同意が有効であるかが問題となる。この点、同意が有効であるためには、同意事項の内容と意味を理解しうる者の「任意」かつ「真意」に基づく同意でなければならない。

(2) これを本問についてみるに、確かに乙は自己の身体に注射を打たれることを承諾している。しかし、当該承諾は「丙は看護師である」、「栄養剤を打つ目的で注射をする」といった甲・丙の欺罔によって、当該注射行為が医療資格を有する人物により、体調の維持・促進に役立つ栄養剤を体内に取り入れる目的で行われると乙が認識したことによる。

(3) したがって、甲と丙が行おうとした行為、すなわち注射を打つ資格を有さない人物により、静脈に空気を注入するという身体の生理的機能に支障をきたしかねない行為が行われることを乙は承諾したわけではないから、当該承諾は乙の真意に基づくものではない。

(4) よって、当該承諾は同意事項の内容と意味を理解しうる者の任意かつ真意に基づく同意にはあたらないため、無効であり、違法性は阻却されない。

(5) 以上より、甲には殺人未遂罪の共同正犯(60条、203条、199条)が成立する。

4. また、乙殺害をあきらめきれなかった甲が、殺意をもって乙の頸を絞め、乙を殺した行為につき殺人罪(199条)が成立する。

二. 丙の罪責について

1. まず、前述のように甲と丙は共謀して、乙の静脈に空気を注入し、乙を殺しようとしたが、乙は死に至らなかった。かかる行為につき、丙にも殺人未遂罪の共同正犯(60条、203条、199条)が成立する。

2. 次に、乙殺害をあきらめきれなかった丙が、放火して現に甲と乙が住居に使用している建造物を焼損させた行為につき現住建造物放火罪(108条)が成立する。

3.(1) もっとも、丙は放火を手段として甲宅の中にいる乙を殺そうとしたが、すでに乙は甲により殺害されていた。そこで、このような構成要件的行為の客体が存在しないために、結果の発生が不能な場合についても殺人未遂罪が成立するか。不能犯と未遂犯の区別が問題となる。

(2) この点、E説(具体的危険説)及びE-2説に基づいて本問を検討する。

本問において、行為者である丙は、甲宅に放火する際に甲が乙の頸を絞めて殺害したことを知らず、乙が生きていると認識していた。また、一般人も行為時において、乙は寝室で就寝していると認識し得たことから、乙が死亡しているとは思わず、あまつさえ甲により殺されて死亡していたとは認識し得なかった。したがって、一般人も乙は生きていると認識し得た。その上で、人がいる建物に放火すれば、放火により燃え広がった炎それ自体、もしくは煙などによって、建物内にいる人の生命に高度の危険を及ぼしうると一般人は認識し得るため、生命侵害の現実的危険性があったと解する。

(3) 以上より、当該行為に殺人罪の実行行為性が認められる。そして、乙は甲の犯行により既に死んでいることから、構成要件の結果が発生しなかったといえるため、殺人未遂罪(203条、199条)が成立する。

4. また、丙は甲宅に放火して乙の死体を損壊しているものの、丙には死体損壊の故意ではなく殺人の故意があることから、抽象的事実の錯誤があるといえる。そこで、かかる場合であっても、丙に死体損壊罪(190条)の構成要件の故意が認められるか。

(1) そもそも、故意責任の本質は、反規範的人格態度に対して重い批難が妥当する点にある。そして、規範は構成要件で与えられている以上、同一の構成要件内の錯誤については同一の規範に直面したといえ、故意が認められる。

また、異なる構成要件にまたがる錯誤においても、構成要件の重なり合いが認められれば、その限度で規範に直面したといえるから、重なり合う犯罪の限度で故意を肯定できる。

(2) これを本問についてみるに、殺人罪の保護法益は人の生命であるが、死体損壊罪の保護法益は宗教感情であり、両者の間には大きな差異がある。したがって、死体遺棄と殺人には重なり合いが認められない。

(3) よって、死体遺棄罪の故意は認められないので、死体遺棄罪(190条)は成立しない。

## ・結論

甲には殺人未遂罪の共同正犯(60条、203条、199条)と殺人罪(199条)が成立し、両者は併合罪(45条前段)になる。

丙には殺人未遂罪の共同正犯(60条、203条、199条)と現住建造物放火罪(108条)と殺人未遂罪(203条、199条)が成立し、後二者は観念的競合(54条1項前段)となり、前者と後者は併合罪(45条前段)になる。

以上