

I. 事実の概要¹

被告人 X は、姪 Y に殺意を持って、静脈注射による空気塞栓症で殺害することにした。X は注射の目的を秘して Y に注射を打つことを持ちかけ、それを点滴と思った Y は、当時何ら健康上の問題はなかったものの、注射を打つことを了承した。X は、空気塞栓症の致死量を知らなかったが、行為時に素人目にはかなりの量の空気が注射器内に入っているように見えたため、十分殺害できるだろうと考え注射を実行した。しかし、一般人の空気塞栓症の致死量が 70cc ないし 300cc とされているのに対して実際に注射された空気は 30cc であったためその目的を遂げなかった。

II. 問題の所在

本問において、行為者の主観においては犯罪の実行に着手したつもりであったが、現実には結果の発生が不可能であったとも思える。そして、行為者の行為に犯罪の結果発生の実現的危険性がない場合、すなわち、実行行為性の認められないには不可罰となる。そこで、行為者の行為に実行行為性が認められるのか、不能犯と未遂犯の区別が問題となる。

III. 学説の状況

甲説：主観説²

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とする説。ただし迷信犯については不能犯とすべきであるとされている。

乙説：抽象的危険説³

行為者の認識していた事実が実際に存在していたとすれば、一般人が危険を感じる場合に危険の存在を肯定し、可罰的未遂とする見解。

丙説：具体的危険説⁴

行為の当時において一般人が認識しえた事情、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可能であったといえるときに未遂犯とする説。

丁説：客観的危険説

丁1説：客観的危険説⁵

法益侵害の危険性の判断は事後的に客観的に行われるべきであるとし、行為時には予見不能であった事情が事後に生じた場合にはそれをも判断の材料に加えるとともに、科学的な因果法則にしたがって危険の有無を決定しようとする説。

¹ 参考判例：昭和 37 年 3 月 23 日最高裁第二小法廷判決。

² 大谷實『刑法講義総論〔新版第 3 版〕』（成文堂、2009 年）379 頁参照。

³ 西田典之『刑法総論〔第 2 版〕』（弘文堂、2010 年）307 頁参照。

⁴ 大谷・前掲 379 頁。

⁵ 大塚仁『刑法概説(総論)〔第三版増補版〕』（有斐閣、2006 年）254 頁参照。

丁 2 説：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①現実
に存在した事実の代わりに、いかなる事実が存在すれば科学法則上法益侵害の結果が発生するか
を問い、②科学的一般人の立場からみて、仮定的事実がどの程度存在しえたかを基準として事後
的に危険性の判断をすべきであるとする説。

丁 3 説：絶対的不能・相対的不能説⁶

不能には、①一般的に犯罪を実現することが不能な場合、②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、①の場合を絶対的不能としてこれに不能犯を認め、②の場合を相対
的不能としてこれに未遂犯をみとめる説。

IV. 判例

福岡高判昭和 28 年 11 月 10 日⁷

〈事実の概要〉

被告人は、巡査 Y から公務執行妨害の嫌疑で緊急逮捕される際に、逃走を試み、その際、Y が右
腰に装着していた拳銃を奪取し、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ことか
ら殺害の目的を遂げなかった事例。

〈判旨〉

「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つ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。」

V. 学説の検討

1. まず、甲説は主観主義刑法理論に由来する学説でありながら、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、既に主観主義が貫徹しえないものであることを自認するもの
であるから、妥当ではない⁸。
2. 次に、乙説は犯罪的意思を基礎として行為者の危険を未遂犯の処罰根拠とする主観主義の立場と実
質的には同じことになる。よって、妥当ではない⁹。
3. (1) また、丁 1 説においては、行為後の特殊事情のみを重視して科学的な事後的判断を行おうとする
ことによって、大部分の場合に危険性が否定されることとなり、主観説とは反対に、未遂犯とされる
範囲が不当に狭められる虞がある¹⁰。なぜなら、あらゆる事実を客観的に考慮すれば、結果不発生の場合、
それ必然的な結果であり、危険の発生も否定されることになりかねないからである。よって、丁 1

⁶ 大谷・前掲 374 頁参照。

⁷ 高刑特報 26 号 58 頁。

⁸ 大谷・前掲 379 頁参照。

⁹ 西田・前掲 308 頁参照。

¹⁰ 大塚・前掲 255 頁。

説も妥当でない¹¹。

(2) さらに、丁 3 説は、相対的不能と絶対的不能の区別を明確にしえない¹²点で、妥当ではない。

(3) そして、丁 2 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、構成要件該当性の問題として、社会一般の目から見た類型的危険性を意味すると解すべきであり、妥当でない¹³。

4. 思うに、刑法の行為規範性を考慮すれば、一般人が行為当時、結果発生危険を感じる行為を禁止することにより法益保護を図る必要がある。よって、結果発生危険性は一般人の立場から判断すべきである。また、一般人が認識しえない事情でも行為者が特に認識していた場合は結果発生危険性に影響を与えるためおよび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。したがって丙説が妥当である。

VI. 本問の検討

1. X が殺意を持って Y の静脈に空気を注射した行為に殺人未遂罪(203 条・199 条)が成立するか。

2.(1) 本問において、X が Y に行った空気注射に殺人罪の実行行為性が認められるか。X は空気塞栓症の致死量を満たす空気を Y に注射したと認識しているものの、実際に注射した空気の量は致死量に満たないものであったため殺人罪の実行行為性が認められないのではないか。実行行為性の有無の判断基準が問題となる。

(2) 本問において、検察側は丙説を採用する。この点、医師でない一般人にとって人の血管内に少しでも空気が注入されればその人は死亡するということは社会通念であったというべきであるところ、行為時の注射器内の空気の量は素人が見てもかなり大量であった。かかる事情を基礎に、行為の時点に立って一般人の立場から X の行為を見れば、一般に社会通念上は人を殺すに足りる行為を行ったものと評価できる。したがって、殺意を有する者がかなり大量の空気を静脈に注射する行為は、空気塞栓症により生命を侵害する現実的危険性を有するものであり、たまたま注射器内に致死量にあたる空気が入っていなかったとしてもこれを不能犯とすることは出来ず、X の行為に殺人罪の実行行為性は認められる。

3. そして、X は殺人罪の実行行為に着しているものの、Y の死という構成要件的结果は不発生である。

4. よって、X のかかる行為につき、殺人未遂罪 (203 条・199 条) が成立する。

VII. 結論

上記検討により、X は殺人未遂罪 (203 条・199 条) の罪責を負う。

以上

¹¹ 山口厚『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣,2007年)58頁。

¹² 大谷・前掲378頁。

¹³ 大谷・前掲378頁。