

I. 事実の概要¹

X と Y は甲組の組員であるが、日頃より組合一派の首領 A に対して不快の念を抱いていたが、昭和 33 年のクリスマスイブ、Y は A に殴られ憤怒してとっさに A の殺害を決意し、P 組事務所前道路上において、A を目がけて拳銃を一発発射した。同事務所玄関前にいた X は屋外の銃声を聞き Y が A を銃撃したと直感して屋外に出たところ、Y が A を追いかけており、両名が同事務所から約 30 メートル離れた Q 歯科医院内に飛び込んだ途端、さらに 2 発の銃声が聞こえた。X は Y の銃撃が急所を外していたら A にとどめを刺そうと考え、即座に日本刀を携えて現場へ急行し、Y の銃撃により Q 医院玄関前に倒れていた A がまだ生きてると信じて、殺意を持ってその左右腹部、前胸部等を日本刀で突き刺した。

鑑定書には、「A の死因は Y の第 2 弾による頭部貫通銃創であり、その後受傷した刺傷、切傷には単なる細胞の性的反応は認められるとしても、いわゆる生活反応が認め難いから、これら創傷の加えられたときには A は死に一步踏み入っていたもの、即ち医学的にはすでに死亡していたものと認める」旨の記載がされている。

II. 問題の所在

本問において、X はすでに死亡している A を生きているものと思い、殺意を持って複数回突き刺しているが、かかる X の行為は「犯罪の実行に着手」(43 条本文)したものと認められず、不能犯となるか。可罰的な未遂犯と、不可罰的な不能犯との区別基準が問題となる。

III. 学説の状況

A 説 客観的危険説

行為時に存在したすべての客観的事情を判断の基礎にして、客観的にみて結果発生
の危険性がある場合には未遂犯の成立を肯定し、そうでない場合には不能犯とする。

A' 説 修正された客観的危険説²

既遂に達しなかった原因を、鑑定を用いる等して科学的に究明し、いかなる事情が
存在していたら既遂に到達しえたかを事後的に判断し、既遂に到達しえたならば未遂
となる。そして、仮に既遂に到達しえなかった場合にも、一般人が、たまたま既遂に
達しえなかつただけで、結果を発生させたことも十分ありえたと考える場合には未遂
犯が成立する。

¹広島高裁昭和 36 年 7 月 10 日(高刑集 14 卷 5 号 310 頁)参照。

²山口厚『刑法総論〔第 2 版〕』有斐閣[2007]276 頁(井田良『講義刑法学・総論』有斐閣[2008]415 頁参照。)

B 説 主観説³

行為者に犯意があり、かつその犯意を実現しようとする行為がある以上、その行為が危険であるか否かを問わず未遂犯の成立を認める。

C 説 抽象的危険説⁴

行為の当時に行為者が認識していた事情を基礎に客観的見地に立って危険の有無を判断し、一般人の立場からその事情のもとにおいて事実実現の危険を感じるか否かによって未遂と不能を分ける。

D 説 具体的危険説⁵

行為の当時に一般人が認識しえた事情及び行為者が特に認識しえた事情を基礎に客観的見地に立って危険の有無を判断し、一般人の立場からその事情のもとにおいて事実実現の危険を感じるか否かによって未遂と不能を分ける。なお、行為者が特に認識し得た事情については、それが真実である限り基礎とする。

IV. 判例

<事実の概要>

被告人は、金品をすり取る目的で、被害者の着用する洋服上衣胸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、もって金品を摂取しようとしたが、その目的を遂げなかった事案。

<判旨>

電車の乗客がかかるポケット内に財物たるに値する何らかの金品を所持することは通常の事態であるから、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つて、所論のように不能犯と解すべきものではない。

V. 学説の検討

- (1) A 説は、以下の理由で支持しない。この立場によれば、結果が不発生に終わった場合、そのことには何らかの理由があるから、結果の不発生は必然であり、必ず不能犯が成立することになってしまう。このように、危険の発生を完全に否定することは、結果発生と区別された危険の独自の意義を否定することになるため、妥当でない。
- (2) 次に A 説について、実行行為とは構成要件該当性を指し、構成要件は社会的相当性に基づき類型化されたものであるにもかかわらず、科学的危険性を中心に実行行為性を判

³ 辻子邦雄『刑法総論』青林書店[1981] 629 頁(大谷寛『刑法講義総論〔新版第 2 版〕』成文堂[2007]337 頁参照。)

⁴ 牧野英一『刑法総論・上巻』有斐閣[1958] 332 頁(大谷・前掲 377 頁参照。)

⁵ 井田・前掲 411 頁。

断しようとするのは妥当でない。

また、行為は主観と客観の統合体であるにもかかわらず行為者の主観を考慮しないのはおかしい。

さらに、実際に行為の危険性が存在したのは行為時であるのに、事後的に危険性を判断するのも妥当でない。

したがって、検察側はA説も採用しない。

2. B 説は、以下の理由で支持しない。B 説は、主観主義的刑法理論に由来する学説であることや、迷信犯も処罰すべきであるのに主観主義からするとこれが不能犯となるのは、すで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ことなどから、妥当でない。
- 3.(1) 確かに、C 説は、基準として比較的明確なものであって、しかも、事実認識については無力であり、規範レベルで行動基準を示すことを通してのみ法益侵害を防ぎ得るとする行為無価値論の基本思想を基礎に置く限り、十分な根拠のある説であるとも思える。
(2) しかし、C 説は、行為無価値論を前提としても、一般人であれば危険を基礎づける事情が存在しないことを見破れる場合にまで、行為者が認識していた事情を重視して規則違反を肯定する必要はないと考えるべきであるため、支持しえない。たとえ行為者がその薬品を青酸カリであると信じ込んでいたとしても、一般人・通常人なら砂糖だと見破れる場合、すなわち、普通の人なら危険を感じない場合まで、処罰の対象とすることは規範的予防の見地から行き過ぎである。
また、一般人・通常人がAの死を熟知しているのに、行為者ただ一人がそのことを知らず、殺意を持ってAの死体を刺した場合でも殺人未遂を認めることになる。しかしこれは、すでに結果発生の可能性がないことが一般人に熟知されているにもかかわらず、しいてそれを無視して行為者の誤った認識を基礎として、未遂を認めることになる。従って、C説は妥当でない。
4. そもそも、危険性の判断は実行行為の判断であり、構成要件該当性の判断である。そして、構成要件とは社会通念を基礎とした違法・有責類型である。また、刑法上評価の対象となる行為とは主観と客観の統合体である。したがって、危険性の有無は行為時に一般人が認識しえた事情及び行為者が特に認識していた客観的事情を基礎として、行為時に立って、科学的一般人ではなく通常一般人の見地から判断すべきである。よって、検察側はD説を採用する。

VI. 本問の検討

- 1.(1) XのAを日本刀で突き刺した行為につき、殺人罪(199条)が成立しないか、以下検討する。
(2) もっとも、XがAを日本刀で突き刺した時点において、Aは医学的に死亡していたことから、殺人罪の実行行為性を欠き、不能犯として不可罰になるように思える。そこで

不能犯か否かの区別が問題となる。

2.(1) この点について検察側は具体的危険説を採ることから、以下これに基づき X の行為に具体的危険が認められるか検討する

(2) これを本問についてみると、行為の時点において A は倒れていたに過ぎず、一般通常人にとって、生死の判断は困難である。さらに鑑定書に A の死亡に関して、「細胞の生的反応は認められるが、生活反応が認められることから、行為時に A は死に一步踏み入っていた。」と記載されていた。このように、A の生死については専門家の間においても見解がわれる程医学的にも微妙な案件で、A は「細胞の生的反応は認められる」の文言の通り X の行為時には生存に近い状態であったのだから、一般人は A は生きてしていると認識するのが妥当であると言える。したがって、一般通常人が行為時に A が死んでいることを知ることはできなかったといえる。

かかる事情を基礎とすると、人体の急所である左右腹部、前胸部を殺傷能力の高い日本刀で刺す行為は死の具体的危険が認められ、X の行為に殺人罪の実行行為性は認められる。

3. もっとも、A の死因は Y の第 2 弾による頭部貫通銃創であるため、X の行為に死の結果との因果関係は認められない。よって X の行為に殺人既遂罪(199 条)は成立しない。

4. そうだとしても、X の行為は殺人罪の実行行為性が認められ、因果関係が認められないことから、X は「実行に着手」しているものの、「これをなし遂げなかった」といえる。よって X の行為に殺人未遂罪(43 条本文、203 条、199 条)が成立する。

VII. 結論

X は殺人未遂罪（43 条本文、203 条、199 条）の罪責を負う。

以上