

# 不能犯論

## 客観的危険説を基点とした多元的不能犯論

中野正剛

---

はじめに

1 前稿の要約(補遺)と本稿の帰結

2 応答

3 私見の基本的な立場

4 具体的適用

まとめにかえて

---

本稿は、わたくしにとり、ドクトル・ファーターのお一人である新倉修名誉教授に献呈される。そのため、卑見の一端をおもに報告させて頂くという性格を持ち、他説の検討は省略されており、もっぱら今後のご指導を仰ぐべき一里塚というものにすぎない。

## はじめに

### (1) 不能犯とは何か

高橋則夫教授によれば、不能犯とは、「一定の行為によって結果(法益の侵害・危険)が発生しなかったことを前提として、それにもかかわらず、その行為が法益への危険を発生させる可能性があったか否かを問うものである」と指摘されており、その規範論の当否は<sup>1</sup>措いて、危険発生の可能性の存否を問うという点では認識を同じくするものである。応報的視点から、不能犯についても、一定の危険の発生を問う見解が有力であるところ、わたくしは、未遂犯とし

---

1 高橋則夫「不能犯における『行為規範と制裁規範の結合』」伊東研祐ほか編著『市民的自由のための市民的熟議と刑事法』(勁草書房、2018年)186頁。

2 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013年)351頁。

での処罰に必要な実害に近い高度の可能性は不要であると考えている<sup>3</sup>。すなわち、結論として、不能犯の判断とは、オルトラン(J. L. E. Ortolan, 1802～1873)の論法を引けば、因果関係の起点となる原因がゼロの場合となるであろうし、あるいは裁判官の思考経済上、原則として刑罰を科す必要の『全くない』ものであることが明らかな場合を実行の着手の判断に入る前に排除しておく<sup>4</sup>と述べることもできるのである。

## (2) 不能犯と実行の着手との関係

また、わたくしは、オルトランにならい、不能犯の成否も、実行の着手の成否の問題と同じく、ともに「実行行為」の成否の問題であるとも認識している<sup>5</sup>。例えば、放火の故意を持ち、古紙の山に点火したが、そこはじつはゴミ処理場に併設された焼却炉を兼ねた室内に所在しており、一般人であれば誰でも焼却室であると気がつく部屋であったところ行為者だけが焼却室であることに気がついておらず、放火を企てた事案を考えてみれば明らかであろう。我が43条の構造に鑑みて、実行の着手はあるが、事案は不能犯であるとの判断は奇妙であろう。犯罪の実行の着手の評価に入る前に、不能犯の評価を下しておけば思考経済上合理的であって、不能犯も、実行の着手とともに統一的な基準をたてて解決を図る必要があろう。

## (3) 不能犯と既遂犯の関係

他方、あまり指摘されてはこなかったが次の視点もまた重要であろう。構成要件的結果が生じれば既遂罪が成立すべき行為から、たまたま結果が生じなければ未遂罪とするのは道理になっっている。ところが、構成要件的結果が生じなければ不能犯と評価されるべき行為(迷信犯など)から、たまたま結果(呪いをかけられていることに気を病んだ被害者がそのために衰弱死した)が生じて(因果関係を欠くと評するか否かは措くとして)、殺人罪としては無罪とせねばならな

3 同旨、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』(慶應義塾大学出版会、2016年)82頁、さらに樋口亮介「実行行為概念について」『西田典之先生献呈論文集』(有斐閣、2017年)34頁。なお、不能犯とは、およそ不可罰とされてしまう場合であるから、実行行為に必要な危険はきわめて程度の低いものとしなければ不合理であるとするのは、柏木千秋『刑法総論』(有斐閣、1982年)156頁。

4 オルトランの論についての紹介は、中野正剛「オルトランの未遂犯論」刑法雑誌55巻2号42頁以下参照。同『未遂犯論の基礎』(成文堂、2014年)55～56頁参照。こうした考えは、訴訟の煩雑さを回避する上で有用と説く、岡田侑大「不能犯と規範構造の関係について」早研150号100～101頁にも見ることができる。

5 中野・前掲注4論文42頁以下。



いのが道理であろう。未遂であれば不能犯であるところ、構成要件の結果が発生すれば既遂罪が成り立つというのは深く考えると論理矛盾といわざるを得ないのではあるまいか。不能犯の問題は従来未遂犯の問題としてのみ扱われてきたかと思われる。かくなるように、じっさいには既遂罪との関係も念頭に置かなければならない問題であるとも認識しておかなければなるまい。

#### (4) 不能犯の判断

先般わたくしは、日本刑法学会大会(2015年)での個別報告で、明確性の原則に即して不能犯の評価基準も策定されなければならないと、オルトランに学び研究報告をした。そこで、研究報告の内容を踏まえ、自説の一端を、前稿「不能犯論・覚書」(川端博ほか『理論刑法学の探究<sup>⑩</sup>』成文堂、2017年)(以後、「前稿」と記す)で具体的に述べた。ここで注意したことは、評価基準(評価の時点と評価主体)と評価対象をめぐり時として明確さを欠く「危険」という概念をなるべく用いないようにしながら不能犯の判断基準を定立することはできないかということであった。そこで、新倉修名誉教授による分類にならい、不能犯論を不能論的アプローチと危険論的アプローチとに大きく分け、オルトランによる所論を前者に位置づけた<sup>⑧</sup>。わたくしが着目したのは、絶対的不能相対的不能説(客観的危険説)のアプローチである。佐藤拓磨教授は、すでにわたくしの所説を前田説に引きつけて正当にも客観的危険説と位置づけておられる。拙著『未遂犯論の基礎』(成文堂、2014年)で明らかにしたように、この絶対的不能相対的不能説(以下では今日の一般的用法に従い、客観的危険説と表記する)のア

6 中野・前掲注4論文45～46頁。

7 新倉修「不能犯」阿部純二＝川端博『基本問題セミナー刑法(1)総論』(一粒社、1992年)279～280頁。

8 なお、私見に対する反対説として、末道康之「フランス新古典学派の未遂犯概念に関する一考察」南山41巻3・4号293頁がある。その可否を論じるには、オルトランとボアソードが実際に掲げた用例のさらなる集積が待たれよう。また、ボアソードが時の司法卿大木喬任らに捧げたフランス語で認められた旧刑法改正積書の性格は立法提案であって、彼固有の学説を認識するための刑法書と位置づけるには慎重である必要があろうかとも思われる。ともあれ、井田良教授の所説の影響を受け具体的危険説をおとりになる末道教授の不能犯理論の背景を知ることができる重要な文献であることには相違がない。さらに近時、東條明徳准教授による注目すべき論攻が現れた。その主眼は、実行の着手論におかれたものであるが、イタリアで法学を学び、フランスで刑法書を著したロッシこそがフランスの不能犯論の嚆矢であると原典に当たり指摘されている。東條明徳「実行の着手論の再検討(1)」法協136巻3号254頁以下、また、同「実行の着手論の再検討(2)」法学協会雑誌136巻3号196頁以下では不能犯論をフランスに先駆け行ったのはイタリアのロマニョジであることも原典に依拠し指摘をしている。なお、本稿について、木庭顕教授による評価がある。木庭顕『笑うケースメソッド(Ⅲ)現代日本刑事法の基礎を問う』(勁草書房、2019年)10、159頁など。

9 佐藤・前掲注3書73頁。なお、近時、前田雅英教授は具体的危険説に立たれることを明らかにされた。前田雅英『刑法総論講義(7版)』(東京大学出版会、2019年)119頁。

アプローチはすでに我が国黎明期の刑法学の礎を築いた考え方でもあった。

本稿を起すに当たり、近時、重厚なる研究書、原口伸夫『未遂犯論の諸問題』(成文堂、2017年)、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』(慶應義塾大学出版会、2016年)が立て続けに上梓されたのを目の当たりにして、今さら何を付け加えるか?の感もなきにしもあらずだが、原口説は具体的危険説、佐藤説は修正客観的危険説の立場に立ち、わたくし自身とは異なる立場にあるので、若干の異見を述べる次第である。

## 1 前稿の要約(補遺)と本稿の帰結

### (1) 前稿で明示した不能犯の判断基準の要点

はじめに、前稿で明示した不能犯の判断基準につき要点を述べておく。

オルトランの説いた考えを下敷きに、行為の中に直接結果を生じる原因が現実に含まれているかどうかという視点を中核においた、構成要件段階で機能する不能犯論の構成である。<sup>10</sup>法益保護を中心に置き、事後的、科学的に評価して、個別事案において保護されるべき法益がはじめから欠如している場合を不能犯と評価するべきであるとの方向性を明示した(絶対的不能)。

ほかに、すでに別稿で明示してある項目であるが、私は定型説の立場に立ち、次の各場合も構成要件該当性の段階で定型性を欠き絶対的不能に当たるものと考えている。すなわち、犯行の手段が構成要件上限定されている、昏睡強盗罪(239条)や行為の主体が構成要件上限定されている流職罪(193条ほか)、行為の際の状況が限定されている消火妨害罪(114条)などは他罪との関係から当該犯罪の構成要件該当性が認められず構成要件該当性がなく未遂も既遂罪も成立し得ない場合に加えて、法律・制度・慣行を理由に定型的に結果の生じ得ない場合も不能犯に加える。

10 中野正剛「不能犯論・覚書」川端博ほか『理論刑法学の探究00』(成文堂、2017年)234頁、同・前掲注4論文42～43頁。

11 中野正剛「定型説の立場からの事実の欠如における『本質的な構成要件要素』に関する一試論」東洋大学大学院紀要24号110頁以下参照。そこでは、団藤重光博士の定型説に学んで、もっぱら実行行為の類似した他の罪と識別されるべき構成要件要素や、その罪の成立にとり必須とされる構成要件要素を本質的構成要件要素と位置づけ、本質的構成要件要素の認識の仕方を述べたものにすぎない。なお、当時は不能犯論につき具体的危険説を妥当と位置づけていたが、現在は説を改めている。

たとえば、訴訟詐欺の事案で、借受金の利息の一部の支払いを免れるため、抵当物件の任意競売開始決定に際し、行為者が異議を申し立てるため、債務の一部履行の事実を証明するための債権者名義の変造一部弁済領収書を作成しこれを裁判所に提出したものの、民事訴訟法、競売法(いずれも当時)の規定により、異議申し立ての裁判では領収書などに基づいて弁済の事実を調査することが司法手続上ははじめから予定されず、決定を下すことになっているので、裁判所に対する詐欺未遂の成否を論じる必要がないといった場合も、絶対的不能に分類される。参照判例として、大判昭2・6・20刑集6巻216頁。

また、一般線引き小切手を銀行窓口差し出して現金の交付を得ようとする場合、手形小切手法(当時)上あるいは銀行のとり取引慣行上、行為者が支払人の取引先を装うなどしない限り、当該小切手の換金は不能である場合も絶対的不能にあたると考えている。参考判例として、東京地判昭47・11・7刑月4巻11号1817頁がある。

さらに、略式命令謄本の罰金額の記載を改ざん変造して検察庁徴収係事務官に提出の上、罰金額の納付を一部免れようとした事案につき詐欺未遂罪の成立を否定したが、その理由として罰金徴収手続きについて徴収事務規定に従い納付者から罰金として現金が郵送された場合は徴収係員が必ず徴収金原票により罰金額を確認した上で送付金がこれに満たない場合には調査などすることが手続き上要請されている取扱いとされている以上、罰金差額につき徴収係員を欺罔することは想定できず、不能犯に当たる。参考判例として、水戸地判昭42・6・6下刑集9巻6号836頁がある。

他方、これ以外を一律に未遂犯(相対的不能)と位置づけるのではなく、さらに違法性の観点から、「社会秩序の紊乱」を基準に置くことで不能犯か未遂犯かを判別すべき場合のあることも述べている。

前者は、構成要件の結果発生に必要な条件の単純な存否に関わることから形式的判断になじむ構成要件該当性レベルでのテーゼ、後者はその行為が行われた時と場所に依じて判断にグラデーションを帯びることから発展的動的過程を実質的に判断する実質的違法性レベルでのテーゼである。両者を併せて不能犯論を構成するので、多元的不能犯論の立場に立つ。<sup>12</sup>

12 2段階で、不能犯論を構成されている論者として、西山富夫「未遂犯の違法性と責任性」井上正治還暦『刑事法学の諸相(上)』(有斐閣、1981年)73頁以下、大谷實『刑法講義総論(新版5版)』(成文堂、2019年)381～382頁。

前稿をふまえて本稿で明らかにされる帰結のあらまし

不能犯→構成要件該当性段階	；修正定型説(保護法益の欠缺、定型説における本質的構成要件要素の欠缺 *定型説の実質として具体的危険説に替えて客観的危険説をおく)の立場
→違法性段階	；社会秩序無価値説(法益保護を内容とする社会秩序無価値の立場)

(2) 前稿で示した不能犯の事例——保護される法益の欠如、定型性の欠如

ア 客体の不能の例

(ア) 生命身体犯(生命身体の安全の保障を法益とする)

- ① 医科学的には死亡しているとの鑑定結果を裁判所が信用した死体に対する殺人行為(不能犯)。
- ② 客体がある場に現に存在しないため法益侵害の危険がない場合。  
たとえば、ベッドの中で死亡していた場合に加え、被害者が外出中で在室していない場合でのベッドへの射撃行為(不能犯)。  
\*その部屋にほかの誰かが在室していた場合や隣のベッドに寝ていたとか、狙撃されたベッドからずり落ちて寝ていたなどの場合には、被害者などに対して弾が命中する物理的可能性が残されているので殺人未遂罪が成立する。

(イ) 財産犯(事実上の占有を法益とする)

- ③ まったく懷中に持ち合わせのない被害者だけに対する窃盗行為(不能犯)。  
\*被害者の着衣の別の場所に財布が入っていた場合には、事実上の占有侵害の危険が残されており、窃盗未遂罪が成立する。

イ 方法の不能の例

- ① 手段として使う物を錯誤によって取り違えた場合(不能犯)。  
無毒の瓶しか並んでいない場所で、毒入り瓶と錯覚してその1つを取り出し被害者に服用させたばあい(不能犯)。  
\*1つでも毒入り瓶の並んでいる場所から、毒入り瓶と錯覚して無毒

の瓶を取り出して被害者に服用させた場合は殺人未遂罪。

- ② 手段の作用について錯誤がある場合。

勤務中の警官の携帯していた銃を発砲したところ空砲であった場合、殺人未遂罪。

- ③ 手段のもつ効果について錯誤のあった場合。

人の死という結果を生じさせる原因が存在しない硫黄による毒殺事例は、迷信犯と同じく、不能犯。

致死量に満たない量の空気の注射の場合、殺人未遂罪。ただし、医学上、人の死亡という結果が絶対に生じ得ない空気の量が定説化されている場合には、不能犯。

(補遺)

- ④ 法律・制度・慣行を理由に絶対に結果の生じ得ない場合も不能犯。

たとえば、訴訟詐欺の事案で、借受金の利息の一部の支払いを免れるため、抵当物件の任意競売開始決定に際し、行為者が異議を申し立てるため、債務の一部履行の事実を証明するための債権者名義の変造一部弁済領収書を作成しこれを裁判所に提出したものの、民事訴訟法、競売法(いずれも当時)の規定により、異議申し立ての裁判では領収書などに基づいて弁済の事実を調査することが司法手続上ははじめから予定されず、決定を下すことになっているので、裁判所に対する詐欺未遂の成否を論じる必要がないといった場合(絶対的不能)。

一般線引き小切手を銀行窓口差し出して現金の交付を得ようとする場合、手形小切手法(当時)上あるいは銀行の取引慣行上、行為者が支払人の取引先を装うなどしない限り、当該小切手の換金は不能である場合(絶対的不能)など。

## ウ 主体の不能

一定の身分を欠くことにより、その罪の犯罪性を基礎づける法益を侵害できない場合、不能犯。

## 2 応答

さいわい、前稿につき同学の士から、その内容につき、懇切なご質問を戴いているので、了承を得て、その要旨とわたくしの回答をここに紹介して、本稿をお読みいただく読者の便宜としよう。

## (1) 問い

「V 私見」において、「行為者の行った『行為』を放任することが社会秩序の紊乱につながるか否か」を不能犯か否かの判断基準とする見解が示されている。この判断基準が明確にされたことの反面で、却って浮き彫りになる疑問がある。それは、評価の対象として行為者の行った行為をどのように切り分けようとしているのかということである。

すなわち、毒殺未遂事例で、中野が示す「行為者が被害者を毒殺しようとしてたまたま取り出した瓶の内容が無毒であったとしても、そうした行為が社会で放任されることは、無毒の瓶しか並べられていない薬品棚から取り出した場合は別として、人が毒殺される可能性はゼロとはいえない」として、現実には薬品棚から無毒の物質が入った瓶をとり出していたとしても、当該行為の殺人未遂罪としての可罰性を肯定している。そうすると、ここでは、無毒の瓶しか並べられていない薬品棚から取り出した場合は別として、「実際に毒薬の入った瓶も存在する薬品棚から瓶を取り出して人に投与する行為」が社会で許容された場合に、社会秩序の紊乱が生じるか否かが論点とされるわけだが、現実の事案では無毒の瓶が用いられたことは、社会秩序の紊乱につながるか否かの判断に当たり、捨象されているのではないか。

ほかにも、空気注射の事例についても、現実の被害者の健康状態を捨象しているのではないか。つまり、中野の見解では「当該行為時の当該被害者との関係で、絶対に被害者が死なない量の空気の注射」という行為が社会で放任されることを可とするかを問題にしているわけではなく、実際の事案においては絶対に被害者が死なない量であったとしても、一般に「空気を人の血管に注射する行為」が放任されることは社会秩序の紊乱につながりうるため、未遂として処罰することが必要だとしている。

そうだとすると、中野の見解からも、社会秩序の紊乱という判断基準における判断対象となる行為は、現実の行為との関係で一定の類型化・抽象化を行ったものであるといわざるを得ず、そうであるとすれば、その類型化・抽象化の基準は何かということがさらに問われざるを得ないと考える。従来に使われてきた分類法に従うと、中野の見解では、不能犯の「判断基準」は明確になったけれど、「判断基底」の方はさらなる問題として積み残されたと思う。

## (2) 応答

前稿では紙幅の関係から、「判断基底」すなわち評価の対象としての「行為論」



の説明を省略していたことから生まれた批評と考えた。

わたくしの行為論の研究は、構成要件の想定する行為と行為者の実際にとった行為との相関関係の分析から始められた。つまり、実質的違法性の評価が、なぜ人の行為に結びつけられて行われるのかを考える。

①「法がその時その場所で一般に命令禁止する行為とその結果」と②「その行為者が実際にその時その場所で行った行為とその結果」とが存在論的に両立し得ない意味連関をもつことが違法性の実質(社会秩序の紊乱)と考えている。未遂犯(不能犯)の違法性に結びつけて説明すれば、「法がその時その場所で一般に命令禁止する行為」と「行為者が実際にその時その場所で行った行為」とが両立しないことが、違法なのであると考えるわけである。

無毒の瓶しか並んでいない具体的な状況下で、繰り返し行為者が毒の入った瓶を探して毒殺に使用しても、両者は両立する。無毒の瓶しか並んでいないところで、なんども毒入りの瓶を探しても、毒入りの瓶はないからである(不能犯)。ところが、毒入り瓶のある薬棚から無毒の瓶を取り違えて毒殺に使用した場合はいかがであろうか。行為者がその時その場所で行った行為(毒入り瓶の混じった場所と時間に無毒の瓶を選び取ったこと)は、法がその時その場所で命令禁止する行為と両立するであろうか。毒入り瓶の選択される可能性がゼロといえない場所で、無毒の瓶を行為者は選び取ったに過ぎない。両者は両立し得ないとなる(可罰的な未遂犯)。もっとも、毒入り瓶が棚の中にではなく、じっさいには一般人にも行為者にとっても目の届かない天井裏や行為者も気がつかなかった隠し部屋の中の棚に実在した場合も考えられる。この場合には現実世界には毒入り瓶が行為者の手の届く範囲にあったといえなくもない。しかし、行為者が犯行の際に行動した範囲のなかに実際に毒入り瓶が現在していなければ、なかったものと扱わなければならないと考えている。あくまでも、彼が行動した空間の中に毒入り瓶が現在していなければならない。行為者の行動した範囲の外にある世界の出来事まで評価対象に取り込んでしまうことは行為者のとった行動範囲内で評価されるべき刑事責任の土俵を無限に拡張することにつながり妥当でないと考えるからである。

これが、わたくしの行為論である。すなわち、行為者が実際にとった「行為」だけを視野に入れ込んで評価の対象と設定するのではなくて、それと、法の想定する行為(その時その場所で人はどのように行為すべきか——例えば、毒劇物のしまっている薬品棚から薬品を取り出す行為をするな)と比較して、2つの行為は両立するかしらないかを問うわけである。その薬品棚に毒入り瓶がゼロの場所と

時間に行為者が錯覚して毒入り瓶と思って取り出しても法の想定する行為と両立する。毒入り瓶のないところで瓶を探して殺人の材料に使っても、そのことによって惹起される社会秩序の紊乱はないといえるからである。ところが、1つでも毒入り瓶のある棚からという場所と時間に、行為者が取り違えて無毒の瓶を殺人の材料に使っていた場合、法の想定する行為と両立し得ず、社会秩序の紊乱があると考えられるわけである。

行為者の行為の構造だけを取り出して考えるのではなく、それと対応関係にある法(構成要件)の想定する行為の構造と両立するかもしれないかを常に考えるわけである。これが、わたくしの行為論である。ゆえに、不能犯か否かの評価の対象も、行為者の行為だけを取り出して論じているわけではなく、その行為が行われた場所と時間に毒入り瓶が存在したのか否か? 他方、空気注射の事例に当てはめて述べれば、空気は人体に取り込まれることで血管内に空気栓塞をもたらす可能性を持つという点で有害物質であること、さらに判例(最判昭37・3・23刑集16巻3号305頁)の事案では遺伝性梅毒に罹患した健康状態にある被害者を対象にした空気注射事例であるので、その空気注射の行われた場所と時間を前提に考えれば、両者は両立せず、したがって、不能犯は成立せず可罰的な未遂犯と評価を受けるのである。けっきょく、「判断基底」すなわち、評価の対象の範囲と限界は、行為者の実際にとった行為のみならず、法の指定する行為との相関関係で決まる。行為者がその時その場所で行ったその行為の構造だけを取り出して不能犯か否かを考えているわけではないのである。

### (3) 再び問い

ある具体的な、特定の時間、場所において、社会秩序の維持のために、法が行為者に何を命じているかを問題とするわけであろう。そうすると、最初の発問で尋ねた、どのような判断基底に基づいて行為を切り出してくるかというプロセス自体が不要になるということがわかった。他方で、このような行為論を採った場合、古典的な行為無価値論との関係はどのような関係に立つのか。

### (4) 応答

最後の問い、古典的な行為無価値論との関係はどのような関係に立つのかは、不能犯の問題だけに収まりきれないので別稿で明らかにしたい。<sup>13</sup>

13 なお、行為論や構成要件論、有責性との関係や共犯論の構成などを概観したものとして、すでに簡単な教科書として中野正剛『刑法通論』(伊藤書店、1998年)がある。なお、私は4分法体系



### 3 私見の基本的な立場

まず、私見では「社会秩序の紊乱」を違法性判断の要に置くので、それがどのような基本的立場から導き出されてくるのかを、本稿で詳しく述べておこう。

#### (1) 問題の所在——法益侵害説と規範違反説

違法性の実質について大きく分類すると2つの流れが一般に認められる。

そのうちの一つは、個別具体的な行為が、他者の保護法益を侵害したときに、違法性があるとする考え方(法益侵害説)。いまひとつは、行為そのものの持つ性質の中に違法性の実質が含まれているとする考え方(規範違反説)がある。

前者の考え方を純化すると、違法性を純粋に客観的な(間主観的な要素を排除した)評価規範違反と理解し、評価の対象も客観的に存在したすべての事実を基礎におき、間主観性を排除した科学的知見に準拠し、事後判断に徹するという方向に赴くことにつながろう。そこでは、被害者を狙撃したところ始めから空砲であったため射殺し損なった場合には、違法性評価の構造上、事案を不能犯として処理せざるを得ない場合が生まれる。その理解が妥当とすれば、未遂処罰規定が形骸化することを懸念せざるを得なくなる。法益という観念を知らなかったものの、オルトランが、客体の不能を不能犯とした論理に通じる。すなわち、結果発生につながる直接的危険源が欠如し、その結果として不能犯が成立するという論理である<sup>14</sup>。そこで、たとえば不能犯の成立範囲を制限し未遂犯が成立する範囲を拡張しようと工夫を凝らせば、「個別具体的なその事案」に即して、結果が生じるための科学的不確実性を考察したり(村井敏邦、林陽一)<sup>15</sup>、仮定的事実の存在可能性(山口厚、松原芳博)<sup>16</sup>、あるいは行為時から結果不発生へとつながる因果系列の切り分け(宗岡嗣郎)<sup>17</sup>や「事実関係の抽象化類型

---

を採り、構成要件論では定型説に与する。

14 中野・前掲注4書53頁。

15 村井敏邦「不能犯」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開総論(Ⅱ)』(日本評論社、1990年)182頁以下、林陽一「不能犯について」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集(上)』(有斐閣、1998年)388頁。

16 山口厚『刑法総論〔3版〕』(有斐閣、2016年)290頁、松原芳博『刑法総論〔2版〕』(日本評論社、2017年)336頁。ほかに、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(判例時報社、2018年)468頁以下、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013年)350頁以下、西田典之『刑法総論〔2版〕』(弘文堂、2010年)311頁など。

17 宗岡嗣郎『客観的未遂論の基本構造』(成文堂、1990年)22頁以下。

化」といった作業工程(前田雅英<sup>18</sup>)を通じて未遂犯として処罰する間隙をもうける方向(アクセル)に赴かざるを得ないであろう。つまり、未遂処罰の拡張へと向かう解釈論的トレンドである。客観的危険説や修正客観的危険説に連なる一連の所説がその代表であろう。

後者の考え方をとると、確かに結果の生じないケースであっても当該行為の持つ結果惹起へと向かう潜在的な危険性を取り上げれば、その危険性を中核にして、たとえ何らの結果が生じていなくても未遂犯として処罰することが可能になるだろう。たとえば、行為の主観面を尊重して理論構築すれば抽象的危険説(木村亀二<sup>19</sup>)に、また行為の客観面を尊重して理論構築すれば具体的危険説(井田良、大塚仁、大谷實、川端博、団藤重光、野村稔、原口伸夫らの主張されるもので通説<sup>20</sup>)などにつながるだろう。構成要件の結果の発生へと向けられた「危険性」の現実化に関して主観面を重要視するのか、客観面を重要視するのかの使い分けの是非は置くとして、「危険」という観念に含みを持たせることで柔軟に未遂犯・不能犯を構成できるので、一元的な法益侵害説とは異なり、未遂処罰の間隙を設定するためフィクションを用い工夫する困難を免れるが、むしろ処罰範囲の拡散・拡張へと向かう解釈論的トレンドをいかにセーブしブレーキを掛けうるのかが鍵となろう。間主観的な処罰感情や印象を持ち込んでしまう(斉藤信治<sup>21</sup>)と、公判廷での被告弁護人の自由な弁論(反証)の機会を封殺してしまうことになりかねず、現行刑事裁判制度の下では「危険」如何とは専ら法解釈に関わる議論なので職業裁判官のもつそれに一任とされてしまうことになりかねない<sup>22</sup>。ただし、実際に行われる結論付けとして見れば、迷信犯に該当すべき場合を排除すれば基本的にわれわれの法感情が一般予防の視座から行為者の行為を評価して処罰するべきだと感じるものについては学理上もれなく処罰することを可能にするので、具体的危険説の立場は実務にとっては使い勝手が良いのではないかと推察される<sup>23</sup>。

18 前田雅英『刑法総論講義〔6版〕』(東京大学出版会、2015年)113頁以下。

19 木村亀二(阿部純二増補)『刑法総論』(有斐閣、1978年)354頁。

20 井田良『講義刑法学・総論〔2版〕』(有斐閣、2018年)412頁、大塚仁『刑法概説総論〔4版〕』(有斐閣、2008年)270頁以下、大谷・前掲注12書376頁以下、川端博『刑法総論講義〔3版〕』(成文堂、2013年)511頁、葛原力三ほか『テキストブック刑法総論』(有斐閣、2009年)241頁〔塩見淳〕、団藤重光『刑法綱要総論〔3版〕』(創文社、1990年)168頁、野村稔『刑法総論〔補訂版〕』(成文堂、1998年)344頁、原口伸夫『未遂犯論の諸問題』(成文堂、2018年)361頁以下など。

21 斉藤信治『刑法総論〔6版〕』(有斐閣、2008年)236頁。

22 中野・前掲注4論文34頁。

23 例えば、石川弘ほか編『刑事裁判実務大系(9)』(青林書院、1992年)59頁以下〔中山隆夫〕、池田修ほか編『新実例刑法総論』(青林書院、2014年)289頁〔中川綾子〕など参照。

ただし、実際にはこの2つの立場が独立して議論されているわけではなく、それぞれが他方と組み合わせられ、下される結論の妥当性をはかるため微妙なバランスをはかりながら論じられていると言えよう。たとえば、法益侵害説の立場から平野龍一博士が具体的危険説を主張されたり、<sup>24</sup> 規範違反説に立つ高橋則夫教授が修正客観的危険説を採ることなどに<sup>25</sup> 現れている。<sup>26</sup>

## (2) 法益侵害説と規範違反説とは万能か？

わたくしは、こうした立場の持つ理論的かつ実践的な意義を決して等閑視するものではない。が、若干の違和感を持たざるを得ないのである。すなわち、誤解を恐れずに述べれば、法益侵害説も規範違反説もいずれも、そしてそれらを組み合わせた所説も、まずは、実際に行われた個別具体的な行為、個別具体的な結果を取り出して違法性評価の対象下に置いているのではないかと思われるのではないからである。

たとえば次の事例を考えてみよう。甲が乙を殺害しようとして、最近よく飛行機が墜落することからあわよくばと願い、乙に対して世界一周旅行を勧め、ついでに飛行機チケットを譲渡したとする。甲の予想通り、乙は飛行機に搭乗し、何らかの原因から飛行機は墜落し、乙は当初甲の期待したとおりの死に方をしたとしよう。乙は飛行機の墜落によって死亡したので、甲の行為と乙の死との間には因果関係(条件関係)があり、甲には殺人既遂罪が適用されそうである。だが、大方の見解に従うと、さらに相当性判断が加えられることで、甲の行為と乙の死との間でいったん認められた因果関係が否定され、結果として甲に殺人未遂罪が適用されることになるのであろうか。乙に対して世界一周旅行を勧めて、そのためのチケットを譲渡したに過ぎない甲の行為に殺人未遂罪を適用せよと考える論者は皆無ではなかろうか。それは、客観的に観察すれば、甲の一連の行為は殺人犯でなくても、孝行息子が老親やその家族に施している日常行為と同じもとれ、異なるのは、相手の幸せを願っていたか、死を願っていたかの違いに過ぎないということになる。かかる、行為者の心情そのものを取り出して殺人罪を適用せよ／適用するなと思考することは、刑法の禁じる思想処罰に他ならないであろう。

24 平野龍一『刑法総論Ⅲ』(有斐閣、1975年)322頁以下。ほかに、日高義博『刑法総論』(成文堂、2015年)420頁、同『違法性の基礎理論』(イウス出版、2005年)174頁以下、森住信人『未遂処罰の理論的基礎』(専修大学出版局、2007年)147頁など。

25 高橋則夫『刑法総論〔4版〕』(成文堂、2018年)411頁。佐藤・前掲注3書83頁以下など。

26 こうした指摘を初めてしたのは、佐藤・前掲注3書50頁。

趣を異にするものの、平野龍一博士はかつて空ベッドへの射殺未遂事例につき次のように述べられていたことも我々は思い起こさなくてはならない。

「あとになってex post、ベッドがカラであったことがわかったときの『なんだ』という安堵感が、犯罪の成否に全然影響がないとはいえないように思われる<sup>27</sup>」。

こうしたいったんは違法と評価を下されたにもかかわらず——明文規定の置かれた違法性阻却事由に当たらないにも拘わらず——、あとからそれが打ち消されるといった違法性評価の手続きが生まれるということは、違法性評価の対象下に、実際におこなわれた「その行為」、そこから惹起された「その結果」とを置いた議論の仕方をしてくることに起因する違法性の評価のゆがみではなかろうかと思う。法益侵害説の根底には、個別の行為から現実が生じた法益侵害結果ないし危険と理解していることから生じるゆがみなのである。こうした論のゆがみを糺すにはどのような構えをとればよいであろうか。

### (3) 私見の立場

わたくしの考えはこうである。

#### 社会秩序無価値説の構想

ア 刑法規範による行為の違法性評価の手続とは、そのときその場所  
で、①その行為と同種の行為が**適法**とされるのであれば、その種の行為を放任することから当該構成要件毎に規定されている各法益が保全される社会秩序の実現にとり価値的にいかなる結果(効用:utilité)が生じるか、②逆に、その行為と同種の行為がなされることを禁止命令、すなわち**違法**としたのならば、その種の行為が禁止命令されることから当該構成要件によって規定される各法益が保全される社会秩序の実現にとり如何なる結果(効用:utilité)が生じるかを考察し、もし①の方が②よりプラス効果が大きい  
かまたはマイナス効果が低いと裁判所が評価するのであれば、その種の行為全般は一般に**適法**、それゆえに当該事案につき評価の対象下に置かれている個々の具体的な行為についても**適法**と評価を下し、他方、①と②のプ

27 平野龍一「刑法の基礎②未遂犯」法セミ139号49頁。また、かつて佐伯千仞博士が、他人の窓ガラスを割るつもりで投石したところ、ガス漏れで中毒死寸前の幼児の命を救ったといった結果として善をなした事例について、「法規範によれば笑ってすませうるものは、すまずべきであって、神経質にそれらのものにまで刑事制裁をもって臨む必要はない」と述べておられたことも想起される。佐伯千仞『刑法講義総論〔4訂版〕』(有斐閣、1981年)319頁。

ラス効果とマイナス効果とが真逆、すなわち、②の方が①よりプラス効果  
が大きいかまたはマイナス効果が低いと裁判所が評価するのであれば、そ  
の種の行為全般は一般に違法、それゆえに当該事案につき評価の対象下  
に置かれている個々の具体的な行為についても違法と評価を下すべきであ  
る、との理論構成<sup>28</sup>を構想している<sup>29</sup>。

イ 違法評価において準拠すべき価値とは、実定法上、最高法規として  
の憲法規範に求められなければならない。すなわち、包括的基本権を定め  
た憲法13条と12条の法意である(最大判昭23・3・24裁時9号8頁)。刑法  
は法益の保護された状態を社会秩序と称すると考えるが、社会秩序の維持  
といっても「誰」にとってのそれかという課題から離れて論じることが許  
されない。時の政府の意向に左右されない、個人的法益がもっともよく保  
全されている状態を指すといわざるを得ないであろう。その詳細は、別稿  
に譲らざるを得ないが、社会的法益もとりわけ国家的法益もそれ自体が価  
値を持つのではなく、すべからず個人的法益に還元されて価値を持つので  
ある。具体的には各構成要件毎に行われている解釈論上の課題であって、  
刑法各論の任務である。総論的に一概に決められるものではない。

ウ 評価時点は、客観的事後予測。すなわち、裁判時までに解明された  
事実を元に、行為時に立って上記の違法性評価を行い、不能犯に該当する  
か否かを判断する。

エ 評価主体は当該犯罪における法益保護の性質によって決まる。原則  
として、科学的一般人であって、専門家による科学的鑑定結果を基本とす  
る<sup>31</sup>。ただし、財産犯や公共危険犯など、占有侵害の危険を保護法益とし  
たり領得罪にみられる一般予防目的を重視した犯罪類型とか、一般人のも  
つ治安感情を保護する犯罪であれば、一般人の経験則に準拠する(その根  
拠につき後述)。

28 立場は異なるが、井田良教授の比例原則からアイデアを得ている。井田・前掲注20書26頁以下。

29 私見は、一見するとかつて西山富夫博士の説かれた法秩序の危険性説に接近するように見えるが異なる。博士のお考えは当該行為の持つ危険性に着眼する非常に秀逸なお考えであるが、私見は危険性をその種の行為を許容した場合と禁止命令した場合の社会秩序の有り様を比較衡量してみせることを通じて違法性評価の手続きを可視化しようと試みる点で異なるのであった。西山富夫「不能犯」藤木英雄編『刑法(1)総論』(日本評論社、1977年)268頁。

30 原田保『刑法における超個人的法益の保護』(成文堂、1991年)参照。

31 文脈は異なるが、山口教授による指摘は正鵠を得ている。ある化学物質が人の生命に危険をもたらすものかが問題となる場合、科学的知識をもたない一般人には危険と感じられなくても、結果が現実には発生すれば、結果へと現実化した危険がそこにあったことになり、これを否定することは出来ないという指摘である。山口・前掲注16書289頁。

オ 評価対象は、不能犯の場合には構成要件の結果やその危険がゼロであるところ、行為者の行為であるものの、誰が、いつ認識した「行為」内容を違法評価の対象に置くかにより、不能犯に当たるか否かの評価の結果が左右される。私見によれば、違法評価の基礎は、裁判時までに解明された事実の枠の中で行われるが、さらに、行為者が行為時に認識予見していた事実のうち、その時・その場所で実在していない事実を排除した残りの、実際に存在した事実のすべてを評価対象に置く。つまり、行為者が行為時に正確に認識予見していたすべての客観的事実を評価対象に置く。なぜならば、人の行為を評価する場合にはまずその自由意志に根ざす行為のみが「行為」と規定されていなければなるまい。自由意志に根ざす行為のみが人の行為なのであり、またそうした行為のみが刑事責任評価の基礎にも置かれる。自由意志に根ざす行為(行為者の認識予見していた事実)の枠の中で、客観的に違法性評価も行われなければならないからである。また、実行に移されていない部分の所為計画を違法性評価にそのまま含ませることには慎重でなければならない。なぜならば、現実化していない事情を評価に含ませてしまうことは部分的に心情刑法の肯定につながるからでもある。また、誤って認識していた事情を違法性評価に含ませてしまうことにも慎重でなければならない。法の評価は客観的でなければならない、行為者が誤解していた事情までも評価対象に含ませることは結局行為者ごとに違法評価は異なってしまうのだとする行為者刑法に陥らざるを得なくなってしまうからである。

そもそも違法性に関わる評価とは、その行為を行った行為者自身にだけ下されるのではなく、すべての人々に平等に適用される、すぐれて一般化的規範的評価に他ならないのであって、行為者の実際にとったその行為を取り上げて違法と評価するのであれば、ほかの人々が同じことを行っても平等に違法と評価してやらなければならないであろう(法の下での**平等な法令適用**)。しかし、その事件でとられた全く同じ行為、行為の状況下で、全く同じ結果(外界の物理的変動)が再び惹起されることは実際にはあり得ない。そこで、違法性評価が加えられる対象とは何か明らかにされなくてはならない。客観主義刑法が尊重する行為主義の立場をとれば、行為者によって行われた行為とそこから惹起された結果とが違法性評価の対象とされなければならない。しかし、行われた行為と結果は再び全く同じ行為と結果としてこの世界に現れることはないので、



一般化せざるを得ない。すなわち、その行為と同種の行為を禁止命令するものが違法評価にほかならない。

その根拠はこうである。行為者のとった行為あるいはそこから惹起された結果の2つあるいは1つを違法評価の対象として取り出して、そこからダイレクトに違法性の実質を見い込もうと努めて、違法性を評価しようとしてもそこから獲得される成果は少ないのではあるまいかということがわたくしの問題意識なのである。本稿の冒頭に紹介した高橋教授による不能犯論の位置づけに賛成であるのだが、それは不能犯とは未遂犯と異なって、行為から惹起された結果が、その危険も含めて事実上はゼロなのであることを出発点として認めておかなければならない。ゆえに、こと不能犯を論じるに当たっては、違法評価の対象とは行為者のとった行為を基点として、その種の行為一般が対象とされなければならないであろう。

#### (4) 不能犯の評価

そこで、たとえば、迷信犯が私の考えによるとなぜ不能犯になるのかを例として取り上げて考えてみよう。

##### 【事例：迷信犯】

行為者が特定の人を殺害しようと企てて丑の刻参りを企てたとしよう。その結果、重篤な精神病の被害者がその事実に関心がついて、不安になり自殺したとしよう。自殺と丑の刻参りとの間には条件関係があるとしても丑の刻参りを殺人の実行行為として評価することは妥当であろうか。誰もこの結果(殺人既遂罪)を妥当とは理解しまい。法益侵害説の立場をとれば、じっさいに狙った被害者を殺害している以上、殺人既遂罪を認めざるを得ないのではあるまいか。だが、かりに、丑の刻参りを一般に現実社会で許容したとしてどれほど自殺するに至る被害者が生まれるであろうか。逆に丑の刻参りを禁止したとしてどれほどの効果が生まれるであろうか。呪術者たちを殺人未遂あるいは殺人既遂として処罰の対象に置くことは、いささかノイローゼじみているとはいえないであろうか。両者を比較衡量して丑の刻参りを禁圧することで得られる効果(効用:utilité)はほとんどないに等しいであろう。ゆえに、丑の刻参りに代表される迷信犯一般は不能犯として違法性がないのである。

すなわち、違法性の評価の段階では、ある具体的な、特定の時間、場所において、各特別構成要件の想定する行為一般と行為者の実際に行った具体的な行為との矛盾対立を違法性の実質と理解する立場をとる(社会秩序無価値説と名づ

けておく)。すなわち、その行為を放任／禁止命令することが各構成要件の規定する法益を保全するためにもっともよく均衡のとれる社会秩序の維持安定上許容できるか否かを衡量して、可罰的未遂の範疇に入れるかどうかを最終的に決める。違法性評価の段階においては、実際になされた個別具体的な行為とそこから惹起される実際の結果(その危険)の両方あるいは片方だけを分析し、そこから違法性評価にとり何らかの意味のある価値あるいは無価値性を見出すことに努力を払い、それに基づいてその行為あるいは結果を違法と評価する立場に立つのではない。違法性とは、行為が特定の構成要件に該当するとの評価を得た後、その時その場所で、その行為と同種の行為を一般に放任し、あるいは逆に禁圧した場合に生じるであろう社会秩序の比較衡量に基づいて下される評価なのであると考えている。

なお、ここで「一般に」という語を使用したのが、これは当該行為についての評価でなく、法の平等な保障の下にある全ての人々のとる行為について普遍的に同じ評価が下されることを意味する点に注意を要する。

#### 【事例：空拳銃】

たとえば、人を射殺しようとして、実弾が籠められていると錯覚して、実弾の装填されていない拳銃を使って人を射殺しようとして未遂に終わった事例を考えてみよう。もともと実弾が籠められていない以上、結果の発生は絶対に不能である。だからといって、同種の行為一般を許容することは合理的であろうか。勤務時間外に私服で町の居酒屋にいた警官が手にしていた拳銃を拝借した行為者が人を射殺するために利用した場合はどうであろうか。あるいはまた陸上勤務中の海上保安官が携帯している拳銃(通常空砲)を奪って射殺に使用した場合ではどうであろうか。園庭で園児たちが精巧に模造された拳銃とBB弾で撃ちあっている場面ではいかがであろうか。勤務時間中に制服を着用した警官の携帯していた拳銃というのが、不能犯ではなく未遂犯に当たるという評価に大きな影響を与えているとはいえないであろうか。拳銃を使用する射殺行為のほかに、それが使用された客観的状况により、不能犯に該当するかどうかの評価にぶれが生じるであろう。この銃が使用された際の客観的状况(勤務中の制服警官)こそは、かつて団藤博士が一貫して熱心に説かれた評価の資料にあたり、評価の対象ではないが、不能犯の評価を排斥して殺人未遂罪を認めるファクターの一つとなるだろう。<sup>32</sup> 評価の対象は拳銃で撃つということであるが、その

---

32 団藤重光『刑法綱要総論』(創文社、1957年)64頁以下。



拳銃の使用された際の客観的な状況(時と場所)とあいまって、不能犯の抗弁を排除するのであると考えることも不合理とはいえない。園庭で園児が使用した模造銃がいかに実弾入りに見えようとも、また海の警察官が陸上勤務中も拳銃に実弾を装填しているように見えようとも、居酒屋で同僚と酒を飲み交わしていた非番の警官の拳銃に実弾が篋められているように見えようとも、そうした際の拳銃を奪取して人を狙撃する行為を放任したとしても、園児の母親が、飲み仲間が、行人人が『危ない』と感じる間主観的な懸念を超えて、誰かが殺害されるということに向けられた客観的な法秩序は動揺しないのではあるまいか。逆に、法が、こうした殺意を持った園児などの行為を一律に(有責か否かは措くとして)違法であるとして禁圧したらどのようなであろうか。

つぎに、ここでは紙幅の関係から、いくつかの具体的な事例をあげて、私見を当てはめた場合にどのような判断になるのか、みてみよう。

なお、すでに紙幅を超えており、以下では要点のみを示すにとどまる点に容赦願いたい。

## 4 具体的適用

判例(たとえば、不能犯の意義について判示したとされる最判昭25・8・31刑集4巻9号1593頁)は、原則としては客観的危険説の立場に立つとされているが、事案により区々としたところが見受けられる。山口厚教授の言葉を借りれば、方法の不能の事案では結果発生の可能性が科学的な根拠を問題としてかなり客観的に判断されている場合が多いが、その一部の判決や客体の不能に関する判決

33 なお、本稿では判例分析は与えられた紙幅の関係から行われない。私は、浅田和茂教授の指摘(浅田和茂『刑法総論〔2版〕』〔成文堂、2019年〕396頁)するように、まず判例はなにゆえに結果が発生しなかったのかを科学的に解明した上で判断しており客観的危険説を無視するものとはいえないとの評価に基本的に与するが、私は判断枠組みとして客観的危険説によるスキームを用いながら、事案に応じ実質的には具体的危険説によるとみられる判断を明示していると考えている。判例では、不能犯が認められた事例はきわめて少ないのは、内山良雄「判例に現れた不能犯肯定事例の検討」佐々木史朗喜寿『刑事法の理論と実践』(第一法規出版、2002年)207頁の指摘するとおりであるし、原口・前掲注20書410頁も指摘するように検察官の準司法官として下す不起訴裁量の及ぼす影響が少なくないであろう。ただ、かつて検察官の職歴もお持ちの青柳文雄博士によって指摘されていたことが注意を引くのである。いわく「論争が激しいのにもかかわらず僅少の判例しかないということは、私見によれば不能犯といわれるような種類の客観的行為では、犯意は勿論のことその行為そのものさえも証明ができないことが多いために起訴されないからであると考え」とされ、注記の中で、さらに大審院のイオウ殺人未遂事件を例に引いて絞殺がなければイオウ粉末を被害者に服用させた件での捜査の対象にはならなかったであろうし、仮に捜査対象になり自白が獲得されてもその裏付けとなる証拠も得られないし、公判でイオウ粉末服用の意図についての自白を翻されれば公判を維持できないと指摘されている(同『刑法通論(I)総論』〔泉文堂、1970年〕135頁、134頁注4)。

では具体的危険説に近い基準で未遂犯が肯定されていると指摘されている通りである。<sup>34</sup>たとえば財産犯などでは行為の向けられた対象がその場に存在していなくても、不能犯ではなく未遂犯として処理されている。懷中無一物の通行人に対する窃取・騙取行為など、不能犯を認めたものは少なくとも、大審院、最高裁の判例にはない。こうした実情をいかに説明しうるか、学説に課せられた課題は重い。

私見は、各特別構成要件が予定する法益の性質によって、学理上、不能犯の評価を異にすることを予定するアプローチである。つまり、各構成要件で規定された法益保護を中心に置いて、そのときその場所で、その種の行為を刑法で命令禁止することと放任することとを比較衡量して、どちらが当該構成要件の規定する法益の保護にとりメリットがあるか逆にデメリットかを考察して、不能犯か未遂犯かを定める手続きをとるものである。

さて、生命身体犯、財産犯、公共危険犯などで保護法益の性質を異にする場合があり、それに応じて不能犯に当たるか未遂犯に当たるかの評価が異なる場合がある。①生命身体犯では一身専属的法益であるから法益の主体である「人」、すなわち被害者の実在(この世に存在すること)が重要となり、②財産犯では遺失物横領罪との関係から所有権・占有の主体としての人の存在が重要になり、さらに領得罪の場合には毀棄罪との法定刑の比較から現実の占有移転の危険結果よりも一般予防が尊重される結果、行為の客体としての財物の実在はほとんど重要ではなくなるだろう。さいごに、③公共危険犯、放火罪では公共の危険が物理客観的見地から決まるのではなく社会心理的に一般人をして不安感を生じさせる程度で足りるという立場(通説・判例)をとれば一般人の抱く社会通念が重要となる。これら諸事情は、上掲3(3)「社会秩序無価値説の構想」エの評価主体に関わる論点として反映される。

さらに、上記の場合と異なって、保護法益がそのときその場所に存在していたとされるばあいには、社会秩序無価値による実質的違法評価に入ることによって違法性阻却される不能犯か通常の未遂犯かが区別される。

---

34 山口・前掲注16書288頁。

## (1) ①について——殺人罪

### ア 方法の不能

【毒殺事例】当該行為の被害者に対する意味でも、平均人に対する意味でもなく、いかなる人に対しても「絶対」に結果発生の不能のばあいが不能犯に位置づけられる。その場合、用いられた毒物の量を問わず、およそ人の死をもたらす質をもっているかによって決まる。毒殺に施用された物質が致死の結果をもたらすとは科学法則上思考できない「イオウ」などに限り不能犯に位置づけられる(大判大6・9・10刑録23巻999頁)。

【それ以外の殺人事例】人工皮革を材料にしたバンドを利用した扼殺事例であれば、その利用の仕方如何で扼殺の効果が上がるものであれば、実際にはそのバンドで被害者の首を締め付けている最中に切れたとしても不能犯に当たらない(最判昭23・9・18裁判集[刑事]4巻111頁)。

【被害者がすでに行為者の殺害計画を知っていた場合】殺害に使用される方法に一般に殺人効果があるということが重要なのであり、事前に被害者が計画を知り難を逃れたとしても殺人未遂であるとの評価に影響を与えない(最判昭25・8・31刑集4巻9号1593頁)。

### イ 客体の不能

【刺殺事例】医科学上明らかに死亡していると評価される場合にはその客体がいかに生存しているように観察できたとしても殺人罪の不能犯。ただ、全脳死を待って人の死とする定義をとるのであれば、それに至る直前までは生きていた人として扱わなければならない、伝統的な三兆候説に立つのであれば、3点の兆候が客体に現れるまで生きていた人として扱わなければならない。ゆえに、判例に現れた、すでに銃撃を受け、直後に日本刀で刺殺された事件では不能犯ではなく、殺人未遂罪が適用される場合も原審認定の通りとすれば認められる(広島高判昭36・7・10高刑集14巻5号310頁)。

## (2) ②について——強窃盗罪、詐欺罪

### ア 方法の不能

【詐欺事例】人を錯誤に陥らせる行為を終了したが、その行為の性質上およそ人を欺罔させるにたらない稚拙な内容であつたばあい、不能犯である。たとえば、取引慣行・法律制度上の理由から被害者が欺罔される可能性のない場合をいう(制度上、裁判所が欺罔される可能性を否定した、大判昭和2・6・20刑集6巻216頁もこの中に入れることができる)。このばあい、被害者が行為者の欺罔

行為に気がついていたか否かは問われない(大判昭3・9・17刑集7巻578頁)。

## イ 客体の不能

【強盗盗罪】領得罪では、財物を不法に領得する意思を持ち自分の物として支配利用することが、財産犯としての毀棄隠匿罪と異なるとする一般予防優位型の犯罪類型であると位置づけられるのであれば、被害者が懷中無一物であったとしても、他人の懷中から財物を窃取する行為一般を禁止しなければならず、不能犯は認められない。領得の意思を不要あるいは緩和し一般予防優位型の犯罪類型に当たらないと位置づけるのであれば、全くの懷中無一物の被害者であれば保全される法益が存在しないことになり不能犯となるが、たとえ空の給料袋であったとしても財産的価値のある物を帶同していたとすれば、金銭を目的とした窃盗行為であっても、窃盗未遂罪が成立しうる。いずれの解釈が妥当かはもっぱら領得罪の本質理解に関わる。塩見淳教授が提起した侵入強盗の意図で住居内に立ち入ったところ異変を察知した家人が全員逃げ出した後であったというケース<sup>35</sup>であっても強盗未遂罪を是認するにやぶさかでないことになる。

## ウ オレオレ詐欺における騙されたふり作戦

なお、オレオレ詐欺に伴うだまされた振り作戦<sup>36</sup>の事例について最近判例(最決平29・12・11刑集71巻10号535頁:現金送付型)が出されたことにより議論にいとまがない。本判例は現金送付型に関する事例判決である<sup>37</sup>とみられる。私は、承継的共犯論について一定の結論を固めているものではない。もし、本事案につき、承継的共犯を否定するのであれば、騙されたふり作戦開始後にはじめて犯行に加担した受け子について、現金の取得がはじめから見込めない以上、掛け子の詐欺未遂罪の罪責の継承を肯定することはできないので、受け子につき詐欺未遂罪を認めることはできないのは、学理を異にするものの、二本柳誠教授と帰結を同じくする<sup>38</sup>。もっとも、本判例は、詐欺罪を遂行する上で受け子の受領行為と掛け子の欺罔行為とは不可分一体として観念するものとすれば受

35 塩見淳「時の問題 特殊詐欺事案で見えてきた解釈問題——2つの最高裁判例を手がかりに」法教461号54頁。

36 その発祥とその犯罪捜査における実践的意義については、中川正浩「特殊詐欺対策としてのいわゆる『だまされた振り作戦』に関する法的問題と捜査手法の正当性について——受け子の犯罪を素材に」警論71巻12号63頁以下が貴重な指摘を含んでいる。

37 川田宏一「判批」最高裁時の判例IX(2019年)359頁、小林・前掲注16書482頁、佐藤拓磨「判批」刑ジャ55号99頁、濱克彦「判批」研修836号21頁、原口・前掲注20書387頁注155、松宮孝明「判批」法セミ759号123頁、安田拓人「判批」法教451号143頁ほか。

38 二本柳誠「騙されたふり作戦と受け子の罪責」名城67巻1号236頁。

け子の罪責(現金送付型)を論じる際に不能犯論を持ち込む余地はなくなったといえよう。

### (3) ③について——建造物放火罪

#### ア・イ 方法の不能・客体の不能

和田俊憲教授が説くように「抽象的危険説について、万が一結果が発生した場合のその重大性に鑑みて、一般予防の必要性によりその処罰を説明する見解に依拠したとすると、上の領得罪と同様の説明となりうる<sup>39)</sup>」として、当該事件における危険ではなく、同様の行為が、その現場で繰り返されることに基づく将来に向けた危険であるとみることができる。もっとも、和田教授は、不燃性建造物に対しても放火未遂罪を是認されるが、そもそも独立燃焼しない建造物に対する放火は建造物放火罪としてみた場合には不能犯とするべきであろう。私見によれば、その時その場所でその行為が繰り返された場合に結果が発生する可能性の有無を問うのだから、その時その場所に設置されていた建造物が不燃物であれば、燃焼結果が発生する可能性はないことを理由にする。なお、公共の危険の判断を通説判例に従い一般人の危険感に置くのが放火罪の解釈として妥当であるとするのであれば、不燃性建造物に対する放火であるとしても放火未遂罪が成立しうることになるだろう。

## まとめにかえて

私見は、各構成要件ごとにそれぞれ保護されている法益を中核にして各論的アプローチに立脚しながら不能犯論を構成する。構成要件該当性の段階と実質的違法性の段階とでおのおの不能犯を論じるので多元的不能犯論である。基本的に、佐藤拓磨教授が指摘してくださった通り、私見は客観的危険説(絶対的相対的不能説)の立場に立つ。構成要件ごとに保護される法益は異なるし、保護法益の性格によって、不能犯の評価主体や方法を可変的に構成するので、結局は、不能犯の判断は統一的になされるべきではなく、各論の解釈課題であるという帰結に結びつくのである。構成要件該当性の段階では、オルトランそして和田俊憲教授の見解からアイデアを拝借し、当該構成要件の保護する法益が欠如している場合(和田教授の表現を借り受ければ「この世に存在しない場合」)を不

39 和田俊憲「不能犯の各論的分析・試論の覚書」岩瀬徹ほか編集代表『刑事法・医事法の新たな展開(上)』(信山社、2014年)239頁。

能犯(絶対的不能)に位置づけ、<sup>40</sup>その余の相対的不能に位置づけられる場合につき、さらに実質的違法性の段階で真に処罰すべき未遂犯(相対的不能)に該当するのか否か検証を加える意味で、社会秩序無価値説の立場から2段目の評価を加えるという構図を描かせていただいた(本稿では「迷信犯」に当たる場合と「空気銃」を例に説明した)。ごらんの通り、導かれる帰結について、その詳細は別稿に譲らざるをえないが従来の判例の動向にほとんどインパクトを与えるものとはなっていないかと思われる。ところで、社会秩序無価値説とは、沢登佳人教授とその影響を受けた澤登俊雄教授とが提唱されている社会状態無価値説、および井田良教授の比例原則というお考えから<sup>41</sup>ヒントのみを受けたものにすぎない。問題となる事案ごとに適用される各構成要件の規定する諸法益を適正に保護するために、その行為(厳密にはその種の行為)を禁圧することによって獲得されるメリット・デメリットと放任することによって獲得されるメリット・デメリットとを比較衡量する。が、構成要件毎に評価主体を科学的一般人に置くのか、通常の一般人に置くのかいずれか1つに統一させるのではなく、殺人罪であれば専門家による鑑定結果を尊重しそこから裁判所が規範を導いたり、領得罪や放火罪などであれば一般人の視点から裁判所が規範を導くことを通じて、各構成要件毎に妥当な帰結を導くという考えで、さらなる検討を要するアプローチの一つに過ぎない。このアプローチのヒントは和田俊憲教授からいただいたものに過ぎないが、<sup>42</sup>もともとは新倉修教授から筆者が院生時代、フランス刑法書を講読していたときに教示をえた。現行刑法典に至る基となったフランス刑法典(1810年)では総則に違法性論に関わる一般規定が置かれておらず、あげて各犯罪類型を定めた各本条に規定が配置されている(現行法では、総則規定が整備され122-5条や122-7条などがある)。これは違法性の本質は各犯罪類型ごとに異なるといふことを我らに示してくれていることに他ならない。また、本稿は社会秩序無価値という上位観念をたてることで、行為無価値、結果無価値とはやや異質な着眼点の提案を綱領として提示したにすぎない。他方で新たな課題も承知している。刑法において保護されている社会秩序とは何かということである。社会秩序の定立をいかに行うかにある。これにつ

40 中野・前掲注10論文233頁以下も参照。

41 沢登佳人「違法性は行為無価値でも結果無価値でもなく体制関係の無価値である」平場安治還暦『現代の刑事法学(上)』(有斐閣、1977年)182頁以下、澤登俊雄『刑法概論』(法律文化社、1976年)121頁以下、井田・前掲注20書26頁、同『刑法総論の理論構造』(成文堂、2005年)8頁以下。

42 和田・前掲注39論文238頁以下。



いては、現在、我が憲法の規定する個人主義、個々人の享有する諸利益がもっともよく保障されている状態、すなわち、「社会秩序は社会生活における個人的利益の安全が確保されている状態」をいうと述べるにとどまる。江湖のご批判を得、さらに思索を深めて、近い将来、論究の機会が与えられることを念願している。

本稿が、同学の士の研究の参考にさせていただけるのであれば幸いである。

(なかの・せいご／沖縄国際大学法学部教授)