

不適切な手段による殺人の企行と 不能犯に関する判例の推移

森 住 信 人

目次

- 1 考察の視点
- 2 旧刑法時代の大審院判例
- 3 現行刑法の大審院時代の判例
- 4 最高裁判例
- 5 下級審判例
- 6 結語

1 考察の視点

不能犯をめぐるわが国の学説は客観的未遂論と主観的未遂論の対立から、客観的未遂論における客観的危険説と具体的危険説の対立へ変遷し、現在では、不能犯の不可罰性は一般に承認されているといえよう。しかし、どのような基準で不能犯とするかについては、違法論における行為反価値論と結果反価値論との対立の影響を受けて、学説においては様々な主張がなされており、厳しく対立している。

不能犯に関しては、その事例を方法の不能と客体の不能とする区別がなされている。方法の不能とは、行為の手段・方法が結果の発生に不適切であるがゆえに結果が発生しなかった場合をいう。それに対して、客体の不能とは、犯罪の客体が存在しないなど、犯罪客体の性質によって結果が発生しなかった場合をいう。方法の不能と客体の不能という区別は、必ずし

もその限界が明瞭とは言えない場合もあるが、議論の整理として有用であることから、本稿でもこの区別を用いることとする。

方法の不能に関して、学説は、行為者の犯罪的意思を未遂犯の処罰根拠とする主観的未遂論からは、可罰的な未遂犯と捉えられる。客観的未遂論においては、絶対的不能・相対的不能説においては、方法の不能の多くの事例が相対的不能とされ、不能犯ではなく、可罰的な未遂犯とされてきた。客観的未遂論の立場から、絶対的不能・相対的不能説の後に主張された具体的危険説においても、方法の不能の多くの事例で結果発生危険性が認められるとして、未遂犯の成立が肯定される。方法の不能に関しては、大略で、その結論には差がないと言えよう。しかしながら、方法の不能に分類される全ての事例について未遂犯の成立が肯定されなければならないわけではなく、不能犯とされる余地は認められよう。学説の対立としてはその結論におおよそ対立がないとしても、方法の不能の事例が未遂犯とされるか、不能犯とされるかの基準がどのようなものであるべきか、また方法の不能の事例において不能犯とされるべき事例はどのようなものかについては慎重に考察されなければならないであろう。

本稿の目的は、判例において現れた方法の不能に関する事案、殊に殺人罪に関する方法の不能について、その判断基準がどのようなものか、判断基準に変遷が見られるかどうか、変遷があるとしたらそれがどのようなものであるかを考察することにある⁽¹⁾⁽²⁾。判例に現れた方法の不能に関する事例は、殺人罪に関する事例が最も多く、その他には放火罪、詐欺罪、密輸出罪に関する事例が若干見られる。殺人罪ではない方法の不能に関する判例についても詳細な検討を加えることが必要であることは当然である。方法の不能に関する判例という括りからすれば、全ての類型の判例を検討すべきことが望ましいであろう。しかしながら、不能犯論というテーマで一括りにできるとはいえ、実際には個々の構成要件毎にその判断構造が異なりうるということが考えられる。たとえば、詐欺罪において問題となった方法

の不能の事案では、「財物の交付」という結果の発生の可能性ではなく、欺罔が可能かどうかの問題となっているようである。そうすると、方法の不能に関する事案では、各犯罪構成要件毎に未遂犯の危険性の判断対象が異なっていると考えられる。実際の未遂犯と不能犯との区別の問題は各犯罪構成要件毎に考察されるべきことになろう。

まず本稿では、殺人罪に関する方法の不能を対象として、時代別に旧刑法時代の大審院判例、現行刑法の大審院判例、最高裁判例、その後の下級審判例という順序で考察を行う。殺人罪以外の方法の不能に関する判例については、稿を改めて考察することとしたい。

註

- (1) 不能犯に関する総合的な判例研究として、植松正「不能犯」『総合判例研究叢書刑法(3)』(1965年)121頁以下、西山富夫「黎明期の不能犯判例史」『名城大学創立二〇周年記念論文集法学編』(1966年)54頁以下、同「近代刑法理論の形成期における不能犯の学説および判例史」名城法学19巻3・4号(1970年)1頁以下、同「不能犯」藤木英雄編『判例と学説7刑法I〔総論〕』(1977年)261頁以下、香川達夫『注釈刑法(2)のII総則(3)』(1969年)496頁、濱邦久『未遂』(1982年)303頁以下、野村稔『未遂犯の研究』(1984年)378頁、宗岡嗣郎『新・判例コンメンタール刑法3』(1996年)44頁以下、三好幹夫『大コンメンタール刑法第四巻』(2001年・第二版)39頁、内山良雄「判例に現れた不能犯肯定事例の検討」佐々木嗣郎先生喜寿祝賀『刑事法の理論と実践』(2004年)191頁以下等がある。
- (2) 客体の不能についての判例研究として、拙稿「客体の不存在と不能犯に関する判例の推移」『専修大学法学研究所紀要32 刑事法の諸問題Ⅶ』(2007年)39頁以下参照。

2 旧刑法時代の大審院判例

(1) 旧刑法は未遂に関して、その112条に「罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケ

タル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス」と規定している。旧刑法の規定では、「意外ノ障礙」と「舛錯」とを区別しており、未遂犯の類型を二つに分けている。

旧刑法時代の殺人罪の規定は、現行刑法では手段を問わず人を殺害すれば殺人罪とするのとは異なり、その手段や客体によって様々な種類の殺人に関する罪を規定していた。旧刑法時代に方法の不能が問題となった殺人罪の事例は毒殺罪⁽³⁾に関するものである。以下に3つの判例を挙げて検討する。

【判例1】 大審院明治28年11月15日判決（刑録1輯4巻97頁）

<事実>

原審は、次のような認定をし、被告人に旧刑法の殺人未遂罪の成立を肯定した。被告人は、Sの殺害を企て、酒2升が入った樽に芫菁(ゲンセイ：ツチハンミョウ科の甲虫を乾燥させて作る生薬。その主成分であるカンタリジンは劇薬とされる。)を3分ほど投入した。情を知らないSは、その酒樽を被告人の家から別宅に持ち帰り、Eと共に各々酒1合半を飲み、2、3時間後に中毒症を発症したが、少量だったために死に至らなかった。

被告弁護人は、毒殺罪「ヲ構成スルニハ毒薬其物ハ必ス人ヲ死ニ致スヘキ分量ヲ用ユルニ非サレハ不可ナリ」とした上で、「本件ハ薬品其物ハ人ヲ死ニ致ス丈ケ分量ヲ用イタルニ非シテ単ニ健康ヲ害スルニ止マル丈ケノ分量ニ過キサル」として、毒殺罪に該当するものではないなどとして上告した。

大審院は、以下のように理由を示し、上告を棄却した。

<判旨>

「原院ハ被告カSヲ殺サントスル決意アリテ之ヲ殺スニ足ルヘキ毒薬ヲ酒中ニ投入シ而シテS等ハ之ヲ飲ミタルモ其飲タル分量ノ少ナキカ為メ死

ニ至ラサリシ事実ヲ認メタルモノナリ…『飲料少カリシ為メ死ニ至ラサリシモノナリ』トアルニ依レハ三分程ノ芫菁ハ二升ノ酒ニ混和スルモ以テ人ヲ殺スニ足ルヘキモノニシテ即チ混和シタル分量ニ於テハ缺クル所ナキモ其飲ミタル分量ノ少ナキカ為メ死ニ至ラサリシトノ旨趣タルヲ知ルニ足レリ故ニ原判決ハ事実理由ノ不備アルモノト云ウヲ得ス」

<検討>

本判決は、不能犯が問題とされた最初の判例と考えられる⁽⁴⁾。大審院の判決理由中に不能犯の文言は出ていないが、本件の論点が不能犯論であることは明白であろう。

弁護人の上告趣意は、毒殺罪が成立する前提として、致死量の毒が投与されなければならず、原院証拠によれば被告人の使用した毒は致死量に満たないのであるから不能犯であるとするものである。この弁護人の主張に対し、大審院は、使用された毒の分量については原院において「殺スニ足ルヘキモノ」と認定されているのであるから致死量であるとし、被害者が「飲ミタル分量ノ少ナキカ為メ死ニ至ラサリシ」としている。使用された毒の量は十分であったが、飲んだ量が少なかったため死の結果が発生しなかったのであるから未遂犯であるというのが本判決の論旨であろう。しかし、そもそも弁護人の主張は毒が致死量に足りないことを前提としたものであり、この点に関して、本判決は毒が致死量であることは原審に認定されているとして、事実致死量であったかどうかについては検証していない。芫菁3分が致死量だったとして、本判決はSが酒二升を飲むことを前提としているのであろうか。実際にはSおよびMの両名で酒を飲んでおり、また飲んだ酒の量がそれぞれ1合半であったことからすると、その分量ではおよそ死の結果は発生しなかったとも言うるようにも思われる。

本判決の理論からすると、毒殺罪に関しては、致死量の毒が用いられることが必要であり、相手方の摂取量が少なかったことによって死に至らな

かった場合が未遂犯であると考えることもできよう。そうすると、そもそも毒の量が致死量に満たない場合には不能犯となるのが問題となる。本判決では不能犯論が自覚的に論じられていないことから、不能犯に関する先駆的判例として位置づけるべきであろう。

【判例2】大審院明治30年6月18日判決（刑録3輯2巻57頁）

<事実>

被告人は、軽粉（水銀から昇華法で精製した粗製塩化第一水銀（甘汞）の白色結晶性粉末。有毒。）を0.75gを被害者Hに投与し、殺害しようと企てたが、被害者は死に至らなかった。原審は毒殺未遂を認めた。

これに対し、被告弁護側は、軽粉0.75gでは健康な人を殺害するに足りる量ではなく、またHが健康体であることから、「被告ニ殺意アリトスルモ用具ニシテ人ヲ殺スニ足ラサルヲ以テ効果ハ当然発生セサルモノニシテ不能犯ナル」ものとして、上告した。

大審院は、以下のように理由を示し、上告を棄却した。

<判旨>

「被告カ使用シタル軽粉ハ人ヲ殺スニ足ルヘキ劇薬ナルコトハ原院ノ認定スル處ニシテ殺意ヲ以テ其劇薬ヲ使用シ少量ナルカ為メ被害者カ死ニ至ラサリシハ刑法第百十二条ノ所謂犯人意外ノ舛錯ニ因リ遂ケサリシモノニシテ毒殺未遂罪アリトシテ本件ヲ処断シタルハ相当ノ判決ニシテ上告ハ其理由ナシ」

<検討>

本判決では、弁護人の上告趣意において不能犯の文言が現れており、それに対応して大審院が未遂犯となる理由を示している⁽⁵⁾。

弁護人の上告趣意では、被告人が投与した毒がそもそも致死量ではなか

ったこと、さらに被害者が健康体であったことから死の結果は当然発生しないとして、不能犯であるとの主張がなされている。これに対して、大審院は、「被告カ使用シタル軽粉ハ人ヲ殺スニ足ルヘキ劇薬」であることを原院が認定しているとし、「殺意ヲ以テ其劇薬ヲ使用シ少量ナルカ為メ被害者カ死ニ至ラ」なかったのであるから毒殺未遂であるとしている。弁護人が主張するように、本判決が使用された毒の致死量を問題としているのかどうかについては微妙な表現といえる。つまり、被告人が使用した軽粉が人を殺すに足る「性質」をもった劇薬という認定とも読めるからである。そうだとすると、致死性性質を持っていれば、その量にかかわらず、未遂犯になるとも考えられよう⁽⁶⁾。あるいは、「殺意ヲ以テ其劇薬ヲ使用シ」という部分に力点を置くならば、主観説とも考えられなくはない。

本判決においても、不能犯の表現は見られないし、不能犯と未遂犯との区別基準も立てられていない。未遂犯か不能犯かどうかが問題となっているものの、その判断基準がどのように考えられているのかは不明確であるというべきように思われる。

【判例3】大審院明治37年6月24日判決（刑録10輯1403頁）

<事実>

被告人は、T及びN等を殺害しようと企て、酢飯に硝酸モルヒネを耳搔二三杯ほどを撒布して、実子Sに被害者方の家に置いてこさせた。原院は、実行の着手を認め、殺人未遂の成立を肯定した。

これに対し、被告弁護側は、原院のように実行の着手を認めたとしても、「酢飯ニ撒布セシ硝酸モルヒネノ量ハ人ヲ殺スニ足ラサレルコトハ原院ノ認ムル所」であり、「其ハ絶対的不能犯ナレハ未遂犯トシテ処罰シタルハ擬律錯誤ノ裁判ナリ」として上告した。

大審院は、以下のように理由を示し、上告を棄却した。

<判旨>

「已二人ヲ殺スノ意思ヲ以テ毒薬タル硝酸モルヒネヲ施用シタル以上ハ其分量ノ人ヲ殺スニ足ラサリシハ即チ被告ノ意外ノ舛錯ニホカナラサルヲ以テ未遂罪ヲ構成サセルモノト云フヘカラス」

<検討>

本判決では、使用された毒が致死量ではなかったことが認定された上で、毒殺未遂なのか不能犯なのか問題となっている⁽⁷⁾。弁護人の上告趣意では、原院証拠によればそもそも硝酸モルヒネの量が致死量ではないとし、致死量に満たない毒の投与で相手が死ぬことは絶対的不能であるとして、絶対的不能・相対的不能説から本件が不能犯である旨の主張がなされている。絶対的不能・相対的不能説に基づけば、致死量に明らかに満たないほどの極少量の毒の使用なら、絶対的に結果が発生しない場合とも考えられ、不能犯との判断がなされうる。

大審院は、「已二人ヲ殺スノ意思ヲ以テ毒薬タル硝酸モルヒネヲ施用シタル以上ハ其分量ノ人ヲ殺スニ足ラサリシハ即チ被告ノ意外ノ舛錯ニホカナラ」ないとして、毒殺未遂の成立を肯定している。本判決では、どこに力点を置いて読むかによっては、主観説的とも、客観説的ともいいうる。「人ヲ殺スノ意思ヲ以テ毒薬」を使用した以上未遂犯であると読む場合には、行為者の殺意が外部に表象されているから未遂犯を認めているとも考えられる。また、判決に明確に現れてはいないが、致死の性質を持った毒を投与した以上、その分量が致死量ではなかったとしても未遂犯であるとしているようにも考えられよう。いずれの説に依拠しているかの判断は困難であるように思われる⁽⁸⁾。弁護人の主張がはっきりと絶対的不能・相対的不能説に依拠しているのに対し、本判決では絶対的不能・相対的不能説に基づいた説明をしていないことを指摘することができよう。絶対的不能・相対的不能説に依拠しても、致死量に満たなかった本件の場合に未遂犯

を認めることは可能である。しかし、本判決ではそのような説明をしていないのであり、判断構造が絶対的不能・相対的不能説的であると断定してしまっただけには疑問があるように思われる。

(2) 旧刑法時代に不能犯が問題となった事例はいずれも毒殺未遂であり、毒が致死量に満たなかったのであるから毒殺は不能であるという理由で上告されたものであった。致死量の毒を投与したが、摂取量が少なかったために死に至らなかったという場合に未遂犯の成立を肯定することは、不能犯論におけるいずれの説でも可能である。しかし、そもそも毒が致死量に満たなかった場合でも未遂犯を肯定することができるのかということ、絶対的不能・相対的不能説の立場では困難な場面が生じうると考えられる。【判例1】～【判例3】まで、いずれも弁護人の主張は絶対的不能・相対的不能説の立場と親近性が見られることからすれば、致死量未滿の毒の投与の場合に絶対的不能と判断されたとしても必ずしも不当とはいえないであろう。

【判例1】～【判例3】の判例は、いずれも毒殺未遂の成立を肯定しているが、その判断基準が明確であるとはいえない。【判例1】は不能犯を論じているとも言い難いし、【判例2】や【判例3】でも未遂犯と不能犯との区別基準が立てられておらず、それぞれの場合が「犯人意外の舛錯」にあたるとしているに過ぎない。また、いずれの判例においても殺人の犯意をもって行為したと示されていることからすると、それが主観説の影響なのか、単に殺人の故意を示す表現なのかも判然としないといえよう。

註

- (3) 旧刑法では、殺人の類型を謀殺(旧刑法292条)と故殺(旧刑法294条)に分けた上、謀殺の場合には死刑を法定刑としている。旧刑法293条では、「毒物ヲ施用シテ人ヲ殺シタル者ハ謀殺ヲ以テ論シ死刑ニ処ス」として、毒物による殺害を謀殺の一つとしている。

- (4) 本判決の評釈として、植松・前掲「不能犯」123頁以下、西山・前掲「黎明期の不能犯判例史」66頁参照。
- (5) 本判決の評釈として、植松・前掲「不能犯」125頁以下、西山・前掲「黎明期の不能犯判例史」67頁、野村・前掲『未遂犯の研究』381頁以下参照。
- (6) 野村・前掲『未遂犯の研究』381頁以下は、この点を捉えて、本判決が絶対的不能・相対的不能説の立場に立っているとす。
- (7) 本判決の評釈として、植松・前掲『不能犯』126頁以下、西山・前掲「黎明期の不能犯判例史」67頁以下参照。
- (8) 野村・前掲『未遂犯の研究』382頁は、本判決も〔判例2〕と同じ判旨であるとす。

3 現行刑法の大審院時代の判例

(1) 現行刑法成立後の大審院時代に殺人に関して方法の不能が問題となった判例として、以下に6例を挙げて検討する。旧刑法時代には毒殺未遂しか見られなかったが、現行刑法後には毒殺以外の事例においても不能犯が問題とされた事例が見られる。

なお、ここでは、1例ではあるが大審院判例ではない、下級審判例も検討の対象としている。

【判例4】大審院大正6年9月10日判決（刑録23輯999頁）

＜事実＞

被告人は、大正5年12月20日、Nを殺害することをTと共謀し、同月23日、Nに硫黄粉末五匁を密に汁鍋中に投入し、これをNに食べさせた。被告人は、同月26日、硫黄粉末を入れた水薬を持っていき、Nにこれを飲ませたのであるが、Nは苦しみを増しただけで予期の効果が現れなかったので、翌二十七日、Nを絞殺した。原判決は、これを傷害罪と殺人罪の接続犯として問擬した。

これに対し、被告弁護側は、「同一ノ決意ヲ以テ接續シタル殺害行為ヲ

施シ遂ニ其目的ヲ達シタルモノニシテ硫黄粉末ヲ含メル汁又ハ水薬ヲ飲マシタル如キハ接續セル殺害行爲ノ著手行爲ノ一ニ外ナラサルモノニシテ別ニ傷害罪ヲ以テ論スヘキモノニ非ス」として上告した。

大審院は、以下のように理由を示し、上告を棄却した。

<判旨>

「殺意ヲ以テ二箇ノ異ナレル殺害方法ヲ他人ニ施シタル處、第一ノ方法ヲ以テシテハ殺害ノ結果ヲ惹起スルコト絶對ニ不能ニシテ單タ他人ヲ傷害シタルニ止マリ、第二ノ方法ヲ用キ始メテ殺害ノ目的ヲ達シタルトキハ、右二箇ノ行爲カ孰レモ同一ノ殺意ニ出テタリトスルモ第一ノ方法ニ依ル行爲カ殺人罪トシテ純然タル不能犯ニ屬スル場合ニ於テハ殺人罪ニ間擬スヘカラサルハ勿論ニシテ、若シ又該行爲ノ結果カ傷害罪ニ該當スルニ於テハ殺人罪トシテハ不能犯ナルモ傷害罪ヲ以テ之ヲ處斷スヘク、第二ノ方法ニ依ル殺人罪ノ既遂ト連續犯ノ關係ヲ有スル殺人罪ノ未遂ヲ以テ論スヘキニ非ス…一箇ノ殺意ヲ繼續實行シタル事實ナルモ、第一ノ方法カ殺害ノ目的ヲ達スルニ付キ絶對不能ニシテ、第一ノ行爲カ殺人罪トシテ不能ニ屬スル以上ハ其結果タル傷害罪ノミヲ論スル場合ニ於テ、右傷害罪ハ罪名ヲ異ニセル第二ノ方法ニ依リテ行ヒタル殺人罪トハ全然連續犯ノ關係ヲ有セサルモノト謂ハサルヘカラス。故ニ原判決ニ於テ最初ニ回ニ連續シテ硫黄粉末ヲ施用シテ殺害セントシタルモ其方法絶對不能ニ屬シ單タ之ヲ傷害シタルニ止リタル事實ヲ認め、之ヲ原判示殺人既遂罪ノ連續行爲ノ一部タル殺人未遂罪ト爲サス、別ニ其結果タル傷害罪ノ事實ニ對シテ刑法第二百四條第五十五條ヲ適用處斷シタルハ相當ニシテ所論ノ如ク擬律錯誤ノ違法アルモノニアラス」

<検討>

本判決は、殺人の連続犯を問題として、第一の方法においても殺人の故

意があるのだから殺人の連続犯であるはずなのに、それを傷害罪と殺人罪の接続犯としたことが不当であるとの上告に基づいて、第一の方法が殺人未遂として不能犯であることを理由として、傷害罪との接続犯であることを肯定したものである⁽⁹⁾。本判決では、弁護人の上告趣意において不能犯を問題としておらず、大審院において連続犯にならない理由として第一の方法について不能犯との判断がなされている。

大審院は、被告人がした硫黄粉末の投与による殺人企行について、「第一ノ方法ヲ以テシテハ殺害ノ結果ヲ惹起スルコト絶対ニ不能ニシテ單タ他人ヲ傷害シタルニ止マリ」とし、あるいは「第一ノ方法ニ依ル行爲カ殺人罪トシテ純然タル不能犯ニ屬スル」などとしている。本判決中に「絶対ニ不能」という表現が何度も使われている。これは、硫黄がその性質上、人を死に致さないという事実から導かれた結論である⁽¹⁰⁾。本判決は、人を死に致す性質を持たない毒による毒殺は絶対的不能としており、絶対的不能・相対的不能説に依拠したものと考えられる。

【判例5】大審院大正8年10月28日判決（法律新聞1641号21頁）

<事実>

被告人は、金銭貸借に関してAを怨み、Aが不在の折に黄燐を含有する殺鼠剤（アンチムーズ）をAの勝手にあった味噌汁に投入した。Aがこの味噌汁を食べようとして火にかけて温めた際にこれに気づいたため、被告人は殺害の目的を遂げなかった。原審は、被告人が用いた殺鼠剤に致死量の黄燐が含有されていなかったと認定し、致死量に満たない毒の投与では絶対に人を殺すことはできないとして、未遂犯の成立を否定した。

これに対し、検察官は、「抑も法律に於て未遂犯を処罰する所以は結果の発生を俟たず其行為自体に依り犯意の存在を認知し得べくして、又其行為の危険なるによるなり。而して危険の有無は其行為の当時に於ける一般普通人の認識し得べき危惧の観念如何に依りて之を決すべきのみ。其行

為して危惧の念を生ずるに足らんか乃ち未遂罪を構成すべきなり。貴院判例の目的又は手段に関する相対不能は未遂罪を構成すべしとする所以のもの此理由に外ならざるべし」などとして上告した。

大審院は、以下のように判示して、原判決を破棄し、高裁に差し戻した。

<判旨>

「殺鼠剤は毒薬の一種にして之を共用するは素より殺人の手段として其目的を達すべき可能性を具有するものなれば、偶々其使用分量を誤りて致死量に達せず為に致死の目的を遂げざるが如きは犯罪共用物使用の拙劣を以て目すべく絶対に犯罪手段たるべからざる行為を為したる場合と同視すべからず、後者は固より犯罪行為に着手したるものと称すべからざるも前者は即ち犯罪の実行に着手し而して遂げざるものと謂わざる可からず、然れば則ち原判示の如き被告の行為を認め得べしとせば其使用毒薬の分量が致死量に達せると否とを問はず殺人未遂を以て論ずるを相当とす」

<検討>

本判決は、使用された毒が致死量に満たないことを理由に絶対的不能として殺人未遂の成立を否定した原判決を破棄し、殺人未遂を認めたものである⁽¹¹⁾。検察官の上告趣意をみると、原審で絶対的不能・相対的不能説の立場から殺人未遂が否定されたことから、「其行為自体に依り犯意の存在を認知し得べく」として主観説から、さらに「其行為の危険なるによるなり。而して危険の有無は其行為の当時に於ける一般普通人の認識し得べき危惧の観念如何に依りて之を決すべき」として具体的危険説から未遂犯の成立すること主張している。

これに対し、大審院は、「殺鼠剤は毒薬の一種にして之を共用するは素より殺人の手段として其目的を達すべき可能性を具有するものなれば、偶々其使用分量を誤りて致死量に達せず為に致死の目的を遂げざるが如き

は…犯罪の実行に着手し而して逃げざるものと謂わざる可からず」として、殺人未遂の成立を認めた。ここでは、毒が人を死に致す性質を有している以上、「偶々」致死量に足りなかったとしても未遂になるとしている。このことから、本判決も絶対的不能・相対的不能説に依拠し、毒の分量が少ないことは絶対的不能とならないことを示している。検察官の上告趣意や、【判例3】では行為者の犯意が未遂犯の成立を肯定する表現として使われていることと比べると、本判決では主観的要素を判断基準から排除していることがうかがえる。また、検察官の主張に見られる具体的危険説による説明も拒絶しているものと考えられよう。

【判例4】と対比すると、致死の性質を持たない毒の投与の場合は絶対的不能であり、致死の性質を持つ毒を投与したが、その分量が少なかった場合であっても、原審のように絶対的不能とせず、相対的不能となることが示されたといえよう。

【判例6】大審院大正11年2月24日判決（刑集1巻76頁）

<事実>

被告人は、大正10年6月頃から情交を結んだMに金品を渡していたのであるが、同年8月18日、Mから「早く歸レ自分ハ御前ヲ見損ヒタリナ」と言われたのに憤激して、同人を殺害しようと決意して、所携の小刀でMの頸部及び左右の各側胸部等に治療約4週間を要する創傷を与え、因てMに致命傷を負わせたものと思い、逃走したのであるが、その創傷は急所を外していたため殺害の目的を遂げなかった。

被告弁護側は、「兇器ハ懷中ノ墓口ヨリ取出シタル小刀ナル旨記載セラレタリ。凡ソ茲ニ一ノ犯罪成立センニハ主観的竝ニ客観的不能ノ存在ナキヲ要ス之レアランカ所謂不能犯トシテ犯罪ノ成立之レ無キコト元ヨリ疑ヲ容レス今本件ノ事案ニ付之ヲ見ルニ兇器ハ前掲ノ如ク單ニ懷中ヨリ取出シタル小刀ニ過キス以テ殺人ノ具タルニ足ラス上告人ハ單ニ一仲仕ノミ如上

ノ小刀ヲ以テ尚其ノ殺人ノ意ヲ全フスルニ足ルヘキ特殊ノ伎倆アルヲ見ルニ足ルモノナシ要之本件事案ハ殺人ノ點ニ付テハ元ヨリ不能犯タルヘキ」などとして上告した。

大審院は、以下のように理由を示し、上告を棄却した。

<判旨>

「被告人カ本件ノ被害者マキヲ殺害セントスルノ用ニ供シタル器具ハ小刀ニシテ被告人カ之ヲ使用シテ加ヘタル被害者ノ創傷カ其ノ身體ノ要部ニ觸レサリシカ爲致命ノ結果ヲ惹起セサリシニ過キス而シテ小刀ハ辯護人ノ主張スルカ如キ懷中ノ褄口ニ入レテ携帯スル小形ノモノト雖人ヲ殺傷スルニ足ル可能性ヲ有スルコトハ實驗則上明確ニシテ絶対ニ殺人ノ用ニ供シ能ハサルモノニ非ス果シテ然ラハ被告人カ其ノ小刀ヲ使用シ其ノ犯意ノ實行ニ著手シタルモ其ノ使用方法完カラサリシカ爲單ニ創傷ヲ加ヘタルニ止リ其ノ豫期セル致命ノ結果ヲ生セシメ得サリシ本件ノ場合ニ於テハ其ノ所爲ハ當然殺人未遂ニ該當スヘク不能犯ヲ以テ論スヘカラサルヤ洵ニ瞭然タリ」

<検討>

本判決は、極小刀による殺害行為について、殺人未遂を肯定したものである⁽¹²⁾。弁護人は、使用した小刀が褄口に入るほど小さいものであったことから、「殺人ノ具タルニ足ラス」として不能犯を主張した。

大審院は、「褄口ニ入レテ携帯スル小形ノモノト雖人ヲ殺傷スルニ足ル可能性ヲ有スルコトハ實驗則上明確ニシテ絶対ニ殺人ノ用ニ供シ能ハサルモノニ非ス」として、「其ノ所爲ハ當然殺人未遂ニ該當スヘク不能犯ヲ以テ論スヘカラサルヤ洵ニ瞭然タリ」としている。本判決でも「實驗則上…絶対ニ殺人ノ用ニ供シ能ハサルモノニ非ス」としており、絶対的不能・相対的不能説に依拠していると考えられる。毒物投与と同様、刃物には人を

殺す性質がある以上、相対的不能と判断されよう。本判決には、「絶対ニ殺人ノ用ニ供シ能ハサルモノニ非ス」とされており、絶対に殺人の道具として役に立たないとはいえない以上、相対的不能となるという判断構造が示されている。絶対的不能・相対的不能説は、当該事情においては結果が偶々発生しなかったといえる場合を相対的不能とする立場である。この説に対しては判断基準が曖昧であることが批判されていたのであるが、「絶対的に不能」といえない場合は全て相対的不能ということになるのであれば、判断基準としてより明確になっているといえよう。とはいえ、「当該事情においては結果が偶々発生しなかった」というのと、「絶対に結果が発生しないとはいえない」というのでは、後者の表現ではかなり広く相対的不能を認めるような印象を受けることになる。

【判例7】大審院昭和2年12月6日判決（法律新聞2791号13頁）

<事実>

被告人は、Fに対し、玉羊羹に殺鼠剤を塗布して毒殺し、金銭を強取しようとして企てたが、致死量に足らなかったため毒殺の目的を遂げなかった。

被告弁護側は、本件において塗布された毒薬の量が致死量に満たないものであるから不能犯であるとして上告した。

大審院は、以下のように理由を示し、上告を棄却した。

<判旨>

「猫イラズト称スル有毒燐ヲ含有セル殺鼠剤ハ毒薬ニシテ其ノ一定量ヲ服用セシムルトキハ人ヲ死ニ致スルニ足ルコトハ原判決ノ証拠理由中ニ説示スル所ニシテ、其ノ一定量ニ達セサルトキト雖服用者ノ体質其ノ他ノ事情ニ因リテ往々死ノ結果ヲ惹起スルコトハ明白ナリトス。故ニ被告人カ財物奪取ノ目的ヲ以テ他人ヲ殺害スル手段トシテ上叙ノ猫イラズヲ食物ニ塗布シ之ヲ他人ニ摂取セシメタルモ其ノ服用シタル分量カ人ノ致死量ニ達セ

ス且ツ敏速ニ応急手当施サレタル為メ其ノ人ヲ死ニ致スコト能ハサリシトスルモ、被告人ノ所為ハ決シテ不能犯ヲ以テ論スヘキニ非ス、当然未遂犯ニ間擬スヘキモノトス」

<検討>

本判決は、殺鼠剤を玉羊羹に塗布して殺害しようと企てたのであるが、毒薬の量が致死量に足りなかったことから死に至らなかった場合に殺人未遂を肯定したものである⁽¹³⁾。

大審院の判決理由には、「有毒燐ヲ含有セル殺鼠剤ハ毒薬ニシテ其ノ一定量ヲ服用セシムルトキハ人ヲ死ニ致スルニ足ル」として、致命的性質を有する毒の使用としている。【判例4】からすれば、毒の致命的性質からその分量を問わずに相対的不能とすることも可能である。しかし、本判決では、さらに「其ノ一定量ニ達セサルトキト雖服用者ノ体質其ノ他ノ事情ニ因リテ往々死ノ結果ヲ惹起スルコトハ明白ナリ」として、条件によっては結果が発生したことを相対的不能の理由として挙げている。本判決では、「往々死ノ結果ヲ惹起スルコト」とされ、【判例6】に見られる「絶対に不能とはいえない」という表現を用いていない。ここには、「絶対に不能とはいえない」という表現では相対的不能の成立範囲が広くなるとの懸念が作用しているのかもしれない。とはいえ、結果が発生する事情を「服用者ノ体質其ノ他ノ事情ニ」求めると、実際的事実とは異なる条件を前提として結果発生の可能性を判断していることになる。

本判決でも、絶対的不能・相対的不能説に依拠していることが明白である。絶対的不能・相対的不能説が判例として確立されてきて、絶対的不能・相対的不能の判断基準が具体的に示されているといえよう。

【判例8】朝鮮高等法院昭和8年7月17日（判決録20巻565頁）

<事実>

被告人は失職し、生計に窮するに至ったので、実父Kを殺害してその保険金の支払いを受けようと考え、洗濯用苛性ソーダを購入し、これで毒殺することを企てた。当初、妻に苛性ソーダをKに服用させるよう勧めたが、同女に断られたので、被告人方炊事場にKのために用意されていた魚汁に小指大の苛性ソーダを自ら混入し、Kに供した。Kは、魚汁を口にして苦かったので食わず、被告人は殺害の目的を遂げなかった。原判決は殺人未遂の成立を肯定した。

被告弁護側は、「洗濯用苛性曹達ハ本来非常ニ苦イモノナリシ…無意識ノ内ニ之ヲ人ニ飲用セシメ以テ其ノ人ノ生命ヲ絶ツカ如キコトハ絶対ニアリ得ヘカラス」として不能犯を主張した。

<判旨>

「或行為カ法益侵害ノ結果ヲ生スヘキ可能性有スルヤ否ヤハ斯ル結果ヲ生スヘキ危険性ヲ有スルヤ否ヤヲ標準トシテ決スヘク、其ノ危険性ノ有無ハ方法ニ関シテハ行為当時ニ於ケル具体的事情ヲ基礎トシ社会観念ニ從テ評価セラレタル一般の性質ニ依リテ決スヘキモノトス。從テ行為カ方法ニ於テ単ニ法益侵害ノ結果ヲ生スルニ付不適當又ハ十分ナルニ過キサルトキハ所謂不能犯ヲ以テ論スヘキモノニ非ス。…苛性曹達ハ縦令所論ノ如ク嫌厭スヘキ味ヲ有スルモ右ノ如キ事情ノ下ニ於テ之ヲ嚙下スルコトハアリ得ヘキ事ナルノミナラス、苛性曹達ハ一般の性質トシテ腐食性アルカリ類ニ属シ之ヲ嚙下スルトキハ胃腸壁ヲ腐食セシメ…人ノ死亡ヲ惹起スルモノナルカ故ニ、K殺害ノ方法トシテ苛性曹達ヲ施用シタル被告人ノ行為ハ行為当時ニ於ケル一般の性質ニ依レハ…死亡ヲ惹起スル危険性アルモノト謂フヘク、其ノ嫌厭スヘキ味ヲ有スル苛性曹達ヲ施用シタルハ其ノ方法不適當ナリシ止マリ、仮ニ其ノ分量少量ニ失シタリトスルモ…之カ為ニ右行為ノ危険性ニ消長ヲ來タスモノニ非ス」

<検討>

本判決は、洗濯用苛性ソーダによる毒殺を企てたが、強い苦みのために被害者が食べなかったことによって殺害の結果を遂げなかった事案に殺人未遂の成立を認めたものである⁽¹⁴⁾。

弁護人は、「洗濯用苛性曹達ハ本来非常ニ苦イ」ので、「無意識ノ内ニ之ヲ人ニ飲用セシメ以テ其ノ人ノ生命ヲ絶ツ」のは不可能であると主張した。

朝鮮高等法院は、これに対して、まず未遂犯の成立要件として「法益侵害ノ結果ヲ生スヘキ可能性」が必要であると示し、それは「結果ヲ生スヘキ危険性ヲ有スルヤ否ヤヲ標準トシテ決ス」として、未遂犯が成立するためには結果発生の危険性が必要であることを示した。これは、未遂犯の処罰根拠を結果発生の危険性に求めることを示している。その上で、「其ノ危険性ノ有無ハ方法ニ関シテハ行為当時ニ於ケル具体的事情ヲ基礎トシ社会観念ニ從テ評価セラレタル一般的性質ニ依リテ決スヘキ」として、明らかに具体的危険説に依拠している。実際の判断においても、「苛性曹達ヲ施用シタル被告人ノ行為ハ行為当時ニ於ケル一般的性質ニ依レハ…死亡ヲ惹起スル危険性」があり、「其ノ分量少量ニ失シタリトスルモ…之カ為ニ右行為ノ危険性ニ消長ヲ来タスモノニ非ス」としている。

現行刑法後の大審院判例はこれまで、絶対的不能・相対的不能説に依拠しているのに対して、下級審である本判決が具体的危険説を採用されているところが興味深い。これまでの大審院判例をみると判例としては、絶対的不能・相対的不能説に固まっているものと評価しうるのであるが、具体的危険説が判例にまったく無視されているわけではなかったともいえよう。

【判例9】大審院昭和15年10月16日（刑集19巻698頁）

<事実>

被告人は、Kとその妻を殺害しようとして、黄燐を米2、3粒大の塊(致死量)にして、一升釜に混入させた。Kとその妻は黄燐が混入した米を炊

いたところ、炊きあがったご飯の異臭と怪光に驚いてその米を食べなかったために死に至らなかった。

被告弁護側は、被告人が投与した金属燐の量は致死量を超えるものの、燐は煮沸されると著しく揮発し、また酸化して金属燐が消失することから、本件においては黄燐の量が著しく減少して、殺害はもちろん傷害すら発生しないかもしれなかったのであるから、どれほど黄燐が減少したかを証明していなかった原判決は証明不十分であるとして上告した。

<判旨>

「毒物ハ人ノ致死量ニ達セザル場合ト雖摂取者ノ身体的状況其ノ他ノ事情ニ依リ死ノ結果ヲ惹起スルノ危険ナキヲ保セザルコト経験則上顯著ナル事実ナルヲ以テ苟モ人ヲ殺害スル目的ヲ以テ毒物ヲ相手方ガ摂取シ得ベキ状態ニ置キタル以上其ノ分量ガ偶致死量ニ達セザリシトスルモ尚殺人罪ノ着手アリタリト解スルヲ妨ゲズ。…K及其ノ妻Tガ之ヲ食スベク然ラバ場合ニヨリテハ之ニ因ル中毒ノ為同人等ガ死亡スル虞アルコトヲ予見シナガラ右釜中ニ致死量以上ノ分量ノ毒物黄燐ヲ投入シ置キタルモ翌朝Tガ右釜ノ米ヲ炊キKト共ニ之ヲ食セムトシタルニ其ノ異臭ト怪光トニ驚キ之ヲ食セムトシタル際ニ於ケル右黄燐含有量ガ煮沸等ノ結果減少ヲ来タシテ致死量ニ達シ居ラザリシトスルモ被告人ニ於テ殺人未遂ノ罪責ヲ免ルルヲ得ザルコト論ヲ俟タズ。然レバ右ノ際ニ於ケル黄燐ノ残存量ヲ証明スル証拠ナク又原審ガ之ヲ判示セザレバトテ所論ノ如キ違法アリト謂フヲ得ズ。」

<検討>

本判決は、致死量としては十分過ぎる毒を投与したが、毒を入れたご飯から異臭と怪光のために相手がそれに気づいたことから結果が発生しなかった場合に殺人未遂を認めたものである⁽¹⁵⁾。弁護人は、黄燐の投与時に致死量であったとしても、揮発と酸化により金属燐が消失し、摂取時の黄燐

は著しく減少することから、殺害に足る量ではなかったかもしれず、黄燐の量を証明しなかった原審は証明不十分であるとの主張をした。

大審院は、「毒物ハ人ノ致死量ニ達セザル場合ト雖摂取者ノ身体的状況其ノ他ノ事情ニ依リ死ノ結果ヲ惹起スルノ危険ナキヲ保セザルコト経験則上顯著」であるとし、「其ノ分量ガ偶致死量ニ達セザリシトスルモ」殺人未遂が成立するとしている。致死量以下の毒の投与でも「摂取者ノ身体的状況其ノ他ノ事情ニ」によっては結果が発生するかもしれないというのは【判例7】と同様である。致死量以下の毒の投与に殺人未遂を認めることも、その判断方法もこれまでの判例に見られる表現と同様であるから、本判決も絶対的不能・相対的不能説に依拠するものといえよう。

本判決には、結果の惹起する「危険ナキヲ保セザル」とされており、結果発生危険がないとはいえないということであれば、【判例6】のように絶対的不能と相対的不能とを区別していると考えることができよう。なお、「危険ナキヲ保セザル」との表現では危険概念が用いられているようにも考えられるが、ここでは結果発生物理的な可能性という意味で用いられているものであろう。

(2) 現行刑法に移行して、最初に方法の不能が問題となった大審院判例（【判例4】）で絶対的不能・相対的不能説に依拠することが示されると、【判例5】で主観説、具体的危険説を排除して絶対的不能・相対的不能説の立場を明示し、【判例9】までの大審院判例が全て絶対的不能・相対的不能説に依拠していることが分かる。絶対的不能・相対的不能説でも、方法の不能の事例においては未遂犯の成立が認められるとされるのであるが、【判例4】では未遂犯にならない理由が絶対的不能・相対的不能説の立場から説明されている点が興味深い所である。そして、それ以降の判例においては、不能犯が認められた判例は1例もなく、絶対的不能・相対的不能説の立場から未遂犯の成立を認められている。

未遂犯を認める根拠を見ていくと、旧刑法時代に見られたように致死の性質を有する以上はその量に依らず未遂犯となるといった、ある種乱暴ともいえる見解は【判例5】だけであり、それ以降では当該行為が結果を発生するといえるかどうかを検討して、未遂犯の成立を肯定している。【判例6】では、殺人の手段として「絶対に不能とはいえない」場合を相対的不能とする旨が示され、このような絶対的不能・相対的不能説の区別はこれ以降の判例にも見られる。また、【判例7】では毒殺の可能性について、被摂取者の身体的条件やその他の条件によっては結果が発生するとして、相対的不能を説明している。これも後の判例に見られる形である。

大審院判例が絶対的不能・相対的不能説に依拠することを明らかにしている中で、下級審判例である朝鮮高等法院が具体的危険説に依拠して判断していることが興味深い（【判例8】）が、他に下級審判例が見られないし、その後の判例にも見られないことから、【判例8】が特異な判例として位置づけられることになろう。

註

- (9) 本判決の評釈として、植松・前掲「不能犯」135頁以下、奥村正雄「不能犯論の予備的考察」同志社法学32巻5号（1981年）127頁以下、香川達夫「不能犯」判例百選（第2版、1965年）148頁、木村亀二「硫黄による殺人事件」『活きている判例』（1963年）158頁以下、西山・前掲「黎明期の不能犯判例史」67頁以下、野村・前掲『未遂犯の研究』388頁以下、牧野栄一「殺人の不能犯と危険説の適用」刑法研究2巻84頁以下参照。
- (10) 硫黄によって人を殺害できるかどうかを科学的に考察した場合、後の判例に見られるように、被摂取者の身体的条件その他の事情によっては絶対に死の結果が発生しないとはいえないと判断される可能性はあろう。
- (11) 本判決の評釈として、植松・前掲「不能犯」127頁以下、西山・前掲「黎明期の不能犯判例史」81頁以下、野村・前掲『未遂犯の研究』389頁以下、山口厚「危険犯の研究」（1982年）137頁参照。
- (12) 本判決の評釈として、植松・前掲「不能犯」143頁以下、西山・前掲「黎明期の不能犯判例史」78頁以下、宮本英脩「殺傷可能性を有する危惧と殺人不能」法学論叢9巻2号（1922年）97頁以下参照。

- (13) 本判決の評釈として、植松・前掲「不能犯」128頁以下、西山・前掲「近代刑法理論の形成期における不能犯の学説および判例史」45頁以下、野村・前掲『未遂犯の研究』402頁以下参照。
- (14) 本判決の評釈として、植松・前掲「不能犯」142頁以下、野村・前掲『未遂犯の研究』404頁以下参照。
- (15) 本判決の評釈として、植松・前掲「不能犯」130頁以下、西山・前掲「近代刑法理論の形成期における不能犯の学説および判例史」61頁以下、小野清一郎「黄燐の使用に依る殺人の未遂」刑事判例評釈集 3巻（1943年）309頁以下参照。

4 最高裁判例

(1) 最高裁時代になってからしばらくの間は不能犯が問題となった事案がいくつも現れたのであるが、昭和30年以降にはあまり見られなくなる。ここでは、以下に6例を挙げて、検討する。

【判例10】最判昭和23年9月18日（最高裁判所裁判集刑事4号111頁）

<事実>

被告人等は、共謀して自動車運転手を殺害して自動車を強奪しようと企て、所携のバンドを自動車運転手Tの頸部に掛けて絞め付けたが、偶々該バンドが切れた為めに殺害の目的を遂げなかった。

<判旨>

「刑法第四十三条にいわゆる「犯罪の実行に着手し之を遂げざるもの」とは、その行為を以て犯人の予見する結果を惹起することができる実行行為に着手し、その犯罪を遂げなかつた場合を意味し、その実行行為を以ては絶対に犯人の予見する結果を惹起することができない場合には、同条の未遂罪を以て論ずることができないことは所論の通りである…右バンドが紙製擬革品であつても、右の方法を以つてすれば絶対に人を殺害すること

ができないものではなく、殺害の結果を惹起する危険は十分あつたのであるが、偶々、右バンドが切れたために殺害の目的を遂げることができなかつたと云うに過ぎない。」

<検討>

本判決は、紙製バンドを用いて絞殺しようとしたが、この紙製バンドが切れたために殺害の目的を遂げなかったという場合に殺人未遂の成立を認めたものである⁽¹⁶⁾。

本件資料からは弁護人の主張は判然としないのであるが、おそらく絞殺するに十分な強度を持っていなかったのであるから不能犯であるといった主張であろう。

最高裁は、「その実行行為を以ては絶対に犯人の予見する結果を惹起することができない場合には、同条の未遂罪を以て論ずることができない」として未遂犯が成立しない場合、つまり不能犯を示している。この定義自体に「絶対に…結果を惹起することができない場合」となっており、最高裁も絶対的不能・相対的不能説の立場を立つことを表明しているといえよう。

本判決は、「バンドが紙製擬革品であつても、右の方法を以つてすれば絶対に人を殺害することができないものではなく、殺害の結果を惹起する危険は十分あつたのであるが、偶々、右バンドが切れたために殺害の目的を遂げることができなかつた」としており、絶対的不能・相対的不能説に依拠しているといえる。一方で、判決理由中に「殺害の結果を惹起する危険は十分あつた」とされており、危険性が問題となっていると解する余地もあろう。

【判例11】最判昭和24年1月20日（刑集3巻1号47頁）

<事実>

被告人は、婚約をしていたTがSと結婚することになったことを知り、S一家を皆殺しにしようと考え、S方に赴き、大型梅干大の青酸カリ一片を翌朝の飯用として米が仕込んであった釜に投入した。翌朝、そのまま炊かれた米をSが一口（大形杯に一杯位）喰べた際、異様な臭いと味がし、かつ喉を刺す様な刺激を感じたので、二口目を喰べようとして食事を中止し、その釜の飯を調べた結果青酸カリが入っていることが分り、他の家族もその飯を喰べなかったため、被告人はその目的を遂げなかった。

被告弁護側は、Sが青酸カリ入りの飯を喰べたのは早朝暗かったからであり、明るいところであれば変色した米を誰も喰べないであろうし、また喰べたとしても臭気があり、咽喉を刺激することから到底流下することができないので、食事することが不可能であるから、本件の方法では人を死に致す可能性がないなどとして上告した。

<判旨>

「被告人の青酸加里を炊飯釜中に投入しただけでは、もともと殺人の目的を達することは不能であるから被告人の所為は不能犯である旨の主張をするようでもあるが所論のように暗い所で食事を採ることは普通考えられないことでありまた青酸加里を入れて炊いた本件米飯が黄色を呈し臭気を放っているからといつて何人もこれを食べることは絶対にないと断定することは実験則上これを肯認し得ないところであるから、たやすくその主張を容認することはできない。」

<検討>

本判決は、致死量の毒を投与したが、相手方に気づかれたために殺害の目的を遂げなかった場合に殺人未遂の成立を認めたものである⁽¹⁷⁾。

弁護人は、相手方が喰べなかった理由を示し、食事することが不可能であるから不能犯であると主張している。

最高裁は、弁護人の主張に答えて、「暗い所で食事を採ることは普通考えられないことでありまた青酸加里を入れて炊いた本件米飯が黄色を呈し臭気を放っているからといつて何人もこれを食べることは絶対にないと断定することは実験則上これを肯認し得ない」として殺人未遂の成立を認めている。本判決でも、変色し、臭気を放っているご飯について、「これを食べることは絶対にないと断定すること」はできないとしており、絶対的不能・相対的不能説に依拠していることが明白である。

【判例12】 最判昭和25年8月31日（刑集4巻9号1593頁）

<事実>

被告人は、離婚に同意しない夫Hを殺害しようと企て、蛸釣りに誘い、Hに猫イラズ入りのぜんざいを勧めたが、これを察知していたHはぜんざいを食べることを拒否したため、その目的を遂げなかった。その翌日、寝ているHを縛って海中に投げ込み殺害しようとしたが、Hが目を覚ましたためにこの企ても失敗した。その3日後、再度Hを海上に誘い出し、船中で調理した牛肉のすき焼を小鉢に盛る際用意した猫いらず数瓦をこれに混入し、これをHにすすめて毒殺しようとしたが、Hがこれを一口食べ、直ちに毒物の混入を看破したため同人殺害の目的を遂げなかった。原審は、殺人未遂の成立を認めた。

被告弁護側は、「被害者が既に被告人に於て被害者に犯行の意思のあることを熟知しなんとかして其の証拠を握りたい為自ら進んで之を誘導し以て其の危険区域に指したる場合であつて而して被告人は当時六十三才の老齡被害者は当時四十一才の働き盛りの健全なるものであり其の殺人行為は絶対に発生せざる事を充分確信し居る如き場合に於ては極端なる主観主義論者は別として普通一般的客観的に見る時は寧ろ犯罪の成立を不能にするものと解する事が出来得るものと思料できるものであり」、原審に審理不尽があるなどとして上告した。

<判旨>

「いわゆる不能犯とは犯罪行為の性質上結果発生の危険を絶対に不能ならしめるものを指すものであるから、本件行為の性質上殺人の結果発生の危険ある以上、被害者において被告人の犯行を予知していたとしても、不能犯であるとはいえない。」

<検討>

本判決は、毒殺を試みたが、相手方がこれを察知していたために殺害の目的を遂げなかった場合に殺人未遂の成立を認めたものである⁽¹⁸⁾。

弁護人の主張は、「被害者が既に被告人に於て被害者に犯行の意思のあることを熟知しなにかして其の証拠を握りたい為自ら進んで之を誘導し」たのであり、予知している以上、結果が発生しないのであるから不能犯であるというものである。

最高裁は、「不能犯とは犯罪行為の性質上結果発生の危険を絶対に不能ならしめるものを指すものである」として、不能犯の定義を明らかにした。その上で、本件については、「行為の性質上殺人の結果発生の危険ある以上、被害者において被告人の犯行を予知していたとしても、不能犯であるとはいえない」として、殺人未遂を肯定している。

本判決では、「行為の性質上殺人の結果発生の危険」があるから、不能犯とはいえないとしている。結論としては、毒が致死性の性質を有している以上、分量にかかわらず殺人未遂を認めてきた従来判例と整合する。とはいえ、従来判例の理由づけからすれば、【判例11】のように、弁護人の主張に対応して、「被害者が予知していたとしても」食さないとは絶対にないとは断定できないから未遂犯であるとされるべきであろう。しかし、通常、毒と分かっている者はおらず、予知していれば絶対に食さないといえよう。とすれば、本件は絶対的不能とされてよい事案とも考え

られる。本件の事情の下では被害者が毒を摂取するかどうかについて、絶対的不能・相対的不能の公式を当てはめることが困難であると考えることができよう。

本判決は、従来通りの絶対的不能・相対的不能説に依拠しているともいえるが、絶対的不能・相対的不能説の公式を適用することが不適切な場面において、結果発生の危険性を理由として未遂犯の成立を肯定したのと考えることができよう。

【判例13】最判昭和26年7月17日（刑集5巻8号1448頁）

<事実>

被告人は、Iを殺害しようと企て、ストリキニーネを混入した鮎の味噌煮を作り、Iが食べることを期待して外出した。Iは、隣人のKとともにこの鮎の味噌煮を食べたが、苦みが甚だしいので直ちに吐き出したため、死に至らなかった。

被告弁護側は、ストリキニーネは相当の少量であつても苦味が甚しいので到底食べられるものでないことから、「ストリキニーネを食品に含有させて人を殺すなどということは、方法（の巧拙の問題でなく）として不能のこと」であるなどとして上告した。

<判旨>

「ストリキニーネを混入した鮎の味噌煮が苦味を呈しているからといって何人もこれを食べることは絶対にないと断定し難いところであるから、右の主張を容認することはできない。」

<検討>

本判決は、毒の苦みにより被害者が食べることができなかったという場合に殺人未遂の成立を認めたものである⁽¹⁹⁾。

弁護人は、本件毒は苦みが甚だしいので、到底食べられないので、不能犯であると主張した。

最高裁は、「ストリキニーネを混入した鮎の味噌煮が苦味を呈しているからといって何人もこれを食べることは絶対にないと断定し難い」として、殺人未遂の成立を肯定している。事案、結論、およびその理由も、【判例11】と類似している。本判決は絶対的不能・相対的不能説に依拠していることが明白である。本判決でも、被害者が食べることの絶対的不能・相対的不能を検討していることからすると、その検討をしていない【判例12】が絶対的不能・相対的不能説では説明しづらいものであったように思われる。

【判例14】最判昭和27年8月5日（裁判集刑事篇67号31頁）

<事実>

被告人は、SおよびHが自殺するのを幫助するため、0.06gの青酸カリを交付し、SおよびHはこれを服用したが、致死量に至らなかったためと、毒物を吐き出したため、または医師の手当てが早かったために、死に至らなかった。鑑定によれば、青酸カリの致死量は通常0.05gないし0.3gで、通常0.15gであり、本件青酸カリ粉末が純度59.4%であることから致死量は0.083gないし0.5gとなり、本件被告人が使用した青酸カリは致死量ではなかったとされた。原判決は、「いやしくも人を死に致すことを認識しながら通常致死量に当たる分量を相手方に与えてこれを吞ませた以上、前期の如く偶々純度が低く従つてその分量では致死量に達しないで死の結果を発生しなかつたとしても、なお不能犯とするに足りない。」として、殺人未遂を認めた。

<判旨>

「原判決は、○. ○六瓦は通常の致死量であることを認め、かかる分量

を相手方に与えてこれを吞ませた以上偶々本件の場合に青酸加里の純度が低かったため死の結果を発生しなかったとしても不能犯ではないと判示しているのであって、…判例と相反する判断はない。」

<検討>

本判決は、自殺幇助未遂に関する判例⁽²⁰⁾であり、殺人未遂ではないのであるが、人を死に致すことの可否という意味では殺人未遂の事案と同視しうるであろう。本件は、毒の致死量を承知しており、致死量に当たる分量を交付したのであるが、純度が低かったことから実際には致死量に至らなかったために死の結果を生じなかった場合に殺人未遂の成立を認めたものである。

原判決の表現には、青酸カリの致死量を検証した上で、「青酸加里が一般に人を死に致すに足る毒物であることは公知の事実であり、いやしくも人を死に致すことを認識しながら通常致死量に当たる分量を相手方に与えてこれを吞ませた以上、前期の如く偶々純度が低く従つてその分量では致死量に達しないで死の結果を発生しなかつたとしても、なお不能犯とするに足りない」として、「いやしくも人を死に致すことを認識しながら」とか、青酸カリが致死的「毒物であることは公知の事実であること」など、行為者の主観的側面を重視するような表現が見られる。

しかし、最高裁は、原判決の主観的側面を考慮せず、「偶々本件の場合に青酸加里の純度が低かったため死の結果を発生しなかったとしても不能犯ではない」とする従来の判例、絶対的不能・相対的不能説に依拠しているとした。従来の判例が致死的性質を有する毒の投与の事案に関して、毒の分量を考慮することなく、殺人未遂を認めてきたことからすれば、原審の表現に主観説的なものが見られるとしても、それは殺人の故意として捉えているとすれば、絶対的不能・相対的不能説の立場として捉えることができよう。

【判例15】最判昭和37年3月23日（刑集16巻3号305頁）

<事実>

被告人は、自己の姪Aに保険金がかけていることから、Aを事故死に見せかけて殺害し、保険金を詐取しようと考えた。被告人は、共犯者2名と共謀し、Aの静脈内に空気を注射し、いわゆる空気栓塞による殺害を企てた。Aを欺いて注射を承諾させ、Aの両腕の静脈内にそれぞれ1回ずつ蒸留水5ccとともに空気を合計30～40cc注射したが、致死量に至らなかったためその目的を遂げなかった。空気栓塞に必要な空気量については、70ccとするものと、300ccとする二つの鑑定がなされている。

第1審では、致死量以下の空気量でも「被注射者の身体的条件その他の事情のいかんによっては死の結果が発生の危険が絶対にはいえない」として、殺人未遂を認めた。

原審では、「三〇C・C乃至四〇C・Cの空気を注入したのみでは、通常人を死に致すことはできない」としながらも、「医師でない一般人は人の血管内に少しでも空気を注入すればその人は死亡するに至るものと観念されていた」こと、および「人体の静脈に空気を注射することはその量の多少に拘らず人を死に致すに足る極めて危険な行為であるとするのが社会通念であつた」とし、空気を注射する行為は「一般に社会通念上は人を殺すに足るもの」として、殺人未遂を認めた。なお、原審でも第1審の説明を上述の理由と併せて採用している。

被告弁護側は、「空気注射は、それだけでは絶対に致死量を注射しえないもの」であり、さらには原審判決に対し、空気注射で人が死ぬという「ような「社会通念」は存在していない。」などとして上告した。

<判旨>

「静脈内に注射された空気の量が致死量以下であつても被注射者の身体

的条件その他の事情の如何によつては死の結果発生の危険が絶対にないとはいえない判示しており、右判断は、原判示挙示の各鑑定書に照らし肯認するに十分であるから、結局、この点に関する所論原判示は、相当であるというべきである。」

<検討>

本判決は、空気注射による殺人企行について、空気量が致死量以下だった場合に殺人未遂の成立を認めたものである⁽²¹⁾。

第1審は絶対的不能・相対的不能説に依拠し、第2審は具体的危険説による理由づけが用いられているが、どちらも殺人未遂を認めている。弁護人の主張は、致死量の空気を注射することが現実には不可能であるから不能犯であるとするものである。

最高裁は、「静脈内に注射された空気の量が致死量以下であつても被注射者の身体的条件その他の事情の如何によつては死の結果発生の危険が絶対にないとはいえない」として、殺人未遂の成立を肯定した。本判決もまた、絶対的不能・相対的不能説の立場に依拠していることが明らかである。空気注射が致死の性質を有することを前提とすれば、その分量のいかんによらず殺人未遂が認められるのは従来判例と整合している。また、原審において採用された具体的危険説による部分の理由づけを最高裁では採用されていないことが示唆的である。

(2) 以上のように、最高裁も絶対的不能・相対的不能説に依拠するものと考えられる。最高裁は、【判例10】で、絶対的不能・相対的不能説の立場から未遂犯になる場合を示し、大審院判例の立場と同じであることを示している。ところが、不能犯の定義をした【判例12】では、絶対的不能・相対的不能説の立場であるとは考えられるものの、「結果発生の危険」という表現が使われており、危険概念を取り入れることによって危険説へ

の親和性を示してしまったように思われる。その後、【判例13】、【判例14】、【判例15】ではっきりと絶対的不能・相対的不能説の立場が示されるのであるが、下級審判例（【判例14】の原審、【判例15】の原審）には【判例12】の影響が見られ、危険説的な表現を見て取ることができるのである。

事案としてみると、致死量に足りない毒の投与に関して、致死量以下だったとの主張が判例に対して有効でないことから、相手が毒に気づくこと（【判例11】、【判例13】）や、そもそも相手方が殺害を予期していたこと（【判例12】）を弁護人が主張していることが見られる。そして、判例は、これらの弁護人の主張に沿って、絶対的不能・相対的不能説によって未遂犯の成立を肯定している。とはいえ、【判例12】のように、殺害を予期していた相手に毒を飲ませる行為については、絶対的不能・相対的不能説の公式になじみにくいように思われる。

註

- (16) 本判決の評釈として、植松・前掲「不能犯」145頁参照。
- (17) 本判決の評釈として、植松・前掲「不能犯」139頁以下、小野清一郎「生産加里による殺人の未遂（ちなみに不能犯論を反省する）」刑事判例評釈集11巻（1954年）22頁以下参照。
- (18) 本判決の評釈として、植松・前掲「不能犯」146頁以下、小野清一郎「被害者が犯人の意図を知っていた場合と不能犯」刑事判例評釈集12巻（1954年）164頁以下、瀧川春男「不能犯」阪大法学2号（1952年）96頁以下参照。
- (19) 本判決の評釈として、植松・前掲「不能犯」142頁以下、山崎清「白自が暴行を基づいたものであるとの控訴趣意と刑訴三九三条による事実の取調の要否—殺人の目的で鮎の味噌煮にストリキニーネを入れた行為と不能犯—」刑事判例評釈集13巻（1956年）213頁以下参照。
- (20) 本判決の評釈として、野村・前掲『未遂犯の研究』411頁以下、山口・前掲『危険犯の研究』138頁以下参照。
- (21) 本判決の評釈として、藤井一雄「殺人の目的で静脈内に空気を注射する行為と不能犯」最高裁判所刑事判例解説刑事篇昭和三十七年度72頁以下、香川達夫「殺人の目的で他人の静脈に空気を注射する行為と不能犯」判例評論49号（年）111頁、山口嘉三「殺人の目的で他人の静脈に空気を注射する行為と不能犯」日本法学28巻5号（1962年）254頁以下、植松正「殺人の目的をもってする空気の注射」

警察研究38巻5号（1964年）89頁以下，仲地哲哉「殺人の目的で他人の静脈に空気を注射する行為と不能犯」愛知学院大学法学論叢法学研究6巻2号（1964年）125頁以下，井上祐司「不能犯—静脈空気注射事件」法学セミナー259号（1976年）102頁，西山富夫「不能犯（1）」刑法判例百選Ⅰ総論（第2版，1976年）148頁以下，澤登敏雄「不能犯（1）」刑法判例百選Ⅰ総論（第3版，1991年）138頁以下，山口厚「不能犯（1）」刑法判例百選Ⅰ総論（第4版，1997年）134頁以下，塩見淳「不能犯（1）」刑法判例百選Ⅰ総論（第5版，2003年），伊藤渉「不能犯（1）」刑法判例百選Ⅰ総論（第6版，2008年）134頁以下参照。

5 下級審判例

（1）現行刑法に移行してからは，大審院，最高裁と絶対的不能・相対的不能説に依拠していることが明らかであるが，下級審も絶対的不能・相対的不能説に依拠しているのでしょうか。大審院時代の判例でも，下級審である朝鮮高等法院が具体的危険説に依拠した事例があったことが判明している（【判例8】）。また，最高裁が示した不能犯の定義（【判例12】）からすれば，危険説からの説明が全く不可能という訳ではないようにも思われるのである。

以下に4例を挙げて，検討する。

【判例16】高松高判昭和27年10月7日（高刑集5巻11号1919頁）

<事実>

被告人は，K等を殺害しようと企て，猫イラズをK方のご飯釜に投入した。K等のご飯釜から強い異臭と湯気のような白い煙が三カ所から出ていることなどから，毒が入っているのではないかと疑い，これを食べなかったため，被告人はその目的を遂げなかった。

被告弁護人は，投入した猫イラズの量について原審が約5gと認定したのに対して，25gは投入したと推察されるとし，それゆえ残飯は「相当な

悪臭と刺戟とを有していたもので…『到底人が口にし得ない状態に置かれて居たもの』であつて此の状態に於て人を殺すと云う事は不能であると言わねばならぬ事になり被告人の本件殺人未遂の行為は不能犯を以つて論ぜなければならぬ」などの主張をした。

<判旨>

「凡そ不能犯とは行為の性質上結果発生の危険を絶対に不能ならしめるものを指すと解すべきであり（最高裁判所昭和二五年（れ）第八五八号同年八月三十一日判決参照）、本件の場合においては本件釜の中の飯が前記の如く強い臭気を放ち且つよく観察すれば白煙が三筋程立つていて人がこれを食べる虞れは少いとしても何人もこれを食することは絶対にないと断定することはできず、被告人の本件行為が絶対に死の結果発生の危険を有しないものであるとは到底いえない」

<検討>

本判決は、致死量を相当上回る量 of 毒をご飯釜に投与したことによって、ご飯釜から強い異臭と不自然な煙が出たため、毒が投与されていることを看破されたことから、相手方が食さず、殺害の目的を遂げなかった場合に殺人未遂の成立を認めたものである⁽²²⁾。

弁護人は、毒を投与されたご飯釜の変質からすれば、『到底人が口にし得ない状態に置かれて居たもの』であつて此の状態に於て人を殺すと云う事は不能である」という主張を行った。

これに対し、高松高裁は、【判例12】を引用した上で、ご飯が変質していたことによって、「食べる虞れは少いとしても何人もこれを食することは絶対にないと断定することはでき」ないとし、さらに「絶対に死の結果発生の危険を有しないものであるとは到底いえない」として、殺人未遂を認めた。本判決も、従来の判例と同様に絶対的不能・相対的不能説に依拠

したものといえよう。【判例12】と同様、本判決にも「死の結果発生の危険」の表現が使われているのであるが、これは危険説を示唆するものではないように思われる。

【判例17】福岡高判昭和28年11月10日（高刑特報26号58頁）

<事実>

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、逃走しようとしてYと格闘したが、Yにねじ伏せられて手銃を掛けられそうになった。そこで、とっさにYを殺害して逃走しようと決意し、Yが右腰に装着していた拳銃を奪取し、直ちにYの右脇腹に銃口を当て、二回に渡り引き金を引いたが、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。

<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とはできない。…被告人が自分を緊急逮捕しようとした警察官から奪取した判示拳銃で、同警察官を射殺するためにした判示所為は、その行為の性質上、殺害の結果発生の危険は十分あつたことが明らかであり、殺害の目的を遂げなかつたのは、証拠によると判示巡査Yが多忙のためたまたま当夜に限り、たまを拳銃に装てんすることを忘却していたことに因るもので、それは右の行為の危険性に何等の消長を及ぼすものではなく、従つて被告人の右所

為は殺人罪の実行に着手したものとみるのが相当である」

<検討>

本判決は、警察官から奪った拳銃で殺害しようとしたが、拳銃に弾丸が装てんされていなかったことから殺害の目的を遂げなかったという場合に殺人未遂の成立を認めたものである⁽²³⁾。

本件の資料から弁護人の主張がどのようなものであったかは明らかではないが、弾丸が装てんされていない拳銃による射殺は絶対に不可能であると考えることができよう。

福岡高裁の判決理由には、「巡査Yが多忙のためたまたま当夜に限り、たまを拳銃に装てんすることを忘却していたことに因るもの」として、絶対的不能・相対的不能説に依拠していると考えられる表現を用いている箇所もある。しかし、「警察官が勤務中、右腰に着装している拳銃には、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」を理由として、「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。」としている。これは、絶対的不能・相対的不能説の立場とは言い難く、むしろ具体的危険説に親和的と考えられる。弾丸が装てんされていない拳銃は殺害する性質を有していないのであるから、絶対的不能・相対的不能説の立場からは、【判例4】のように絶対に不能と判断されなければならないであろう。

【判例18】大阪地判昭和43年4月26日（判タ225号237頁）

<事実>

被告人は、結婚生活の難しさと、姑との同居による気苦労などを思い合わせ、前途に対する希望を失い、後を託すべき人もいない娘A（当時1年1月）を道連れに自殺を決意した。被告人は、屋内ガラス戸、ドアなどに施錠し、炊事台下に置いてあったプロパンガスボンベを炊事場冷蔵庫前まで持ち出し、ボンベと接続したガス管を6畳間に引き込み、6畳間の建具を閉めきってAと添い寝して、プロパンガスを放出した。

Aは、その後しばらくして、胃内容を逆流して誤嚥し、窒息死したのであるが、それがプロパンガス放出行為によってもたらされたかは不明である。

弁護人は、「被告人の家庭用プロパンガスの放出による殺人の行為は、社会通念および科学的見地双方から見て、『人を殺す』に足る行為でなく、本件は不能犯である」と主張した。

<判旨>

「当該犯行の具体的な遂行方法を実行の着手と認めることができるか否かは、当該態様における行為一般が結果の発生に対して危険性を有するか否かを標準として判定されるべきであり、右危険性は、科学的見地から、（行為者が認識することができずかつ一般人も予測認識することができないであろう特異、異常な属性を有する希有な客体は別として）当該犯行の客体となったものおよび一般的に予測されうる客体に対して、結果を発生せしめることが絶対に不能かどうかの判断を一つの要素としつつ、同時に社会通念による当該行為の危険性に対する評価をも考慮して判断されるべきものである。」「…I鑑定書によれば、プロパンガスの放出は空気中の酸素を薄めると共に、プロパンガスの吸気内濃度が五〇%を超えると、…総合的毒性が増し、呼吸障害、循環障害などを惹起して実験動物が死亡するに至り、人体に対してもほぼ同様のことが予測される…プロパンガスはその一般的性質からしてプロパンガス吸入者の身体的状況その他の事情によ

って右のような致死への可能性を絶対に有しないとはいえない」「…一般人は家庭用プロパンガスを判示のような部屋で、判示のような態様をもって放出させることは、その量の多少にかかわらずその部屋に寝ている者を死に致すに足る極めて危険な行為であると社会通念上評価するものと解するのが相当である」

<検討>

本判決は、プロパンガスによる殺害と自殺の企行に関して、殺人未遂の成立を認めたものである。

弁護人は、「プロパンガスの放出による殺人の行為は、社会通念および科学的見地双方から見て、『人を殺す』に足る行為でな」との主張をしている。

大阪地裁は、実行の着手と認められるかどうかは、「当該態様における行為一般が結果の発生に対して危険性を有するか否か」によって判定するとし、その危険性の有無は、「科学的見地から、…当該犯行の客体となったものおよび一般的に予測されうる客体に対して、結果を発生せしめることが絶対に不能かどうか」と、「社会通念による当該行為の危険性に対する評価」という二つの要素で判断すべきとの立場を示している。これは、前者が絶対的不能・相対的不能説の立場であり、後者が具体的危険説の立場であるといえ、本判決はこれらを両方とも用いているといえよう。科学的見地からは、「プロパンガスはその一般的性質からしてプロパンガス吸入者の身体的状況その他の事情によって右のような致死への可能性を絶対に有しないとはいえない」と判断し、社会通念による行為の危険性に対する評価は、「一般人は家庭用プロパンガスを…放出させることは、その部屋に寝ている者を死に致すに足る極めて危険な行為であると社会通念上評価するものと解するのが相当である」として、両方の見地から、本件が殺人未遂となることを理由づけている。

【判例19】 岐阜地判昭和62年10月15日（判タ654号261頁）

＜事実＞

度重なる無言電話や嫌がらせの電話に悩まされた被告人は、この状態から逃れるためには自殺するしかないと思い詰めるに至ったのであるが、自己が自殺した後に残される娘達を不憫であるとも思い、長女A(当時10歳)と次女B(当時9歳)も殺害して自らも自殺しようと決意した。そして、被告人は、自宅勝手場兼寝室において、A、Bを寝かしつけたうえ、ガス元栓が開放状態になっているガスコンロのゴムホースを引き抜き、さらに、玄関ドア及び奥六畳間出入口のガラス戸の隙間をガムテープで目張りするなどして締め切り、都市ガスを室内に充満させ、よって右両名を殺害しようとしたが、被告人を訪ねて来た友人に発見されたため、その目的を遂げなかった。なお、被告人は犯行当時心神耗弱の状態であった。

弁護人は、「被告人が漏出させた都市ガスは、天然ガスであり、天然ガスは人体に無害であつて、これを吸引しても人が死に至ることはなく、本件は不能犯であると主張」した。

＜判旨＞

「本件で被告人が漏出させた都市ガスは天然ガスであり、天然ガスには一酸化炭素が含まれていないから、これによる中毒死のおそれはないことが認められるけれども、他方、前掲証拠によれば、この都市ガスの漏出によつて室内の空気中のガス濃度が四・七パーセントから一三・五パーセントの範囲内にあつた際には、冷蔵庫のサーモスタットなどの電気器具や衣類などから発する静電気を引火源としてガス爆発事故が発生する可能性があつたのであり、さらにガス濃度が高まれば、室内の空気が都市ガスに置換されることにより酸素濃度が低下して酸素欠乏症となること、すなわち空気中の酸素濃度が一六パーセント以下になれば、人体に脈拍、呼吸数増

加、頭痛などの症状が現われ、酸素濃度が一〇パーセントから六パーセントを持續するか、またはそれ以下になれば、六分ないし八分後には窒息死するに至ることが認められるのであるから、約四時間五〇分にわたつて都市ガスが漏出させられて室内に充満した本件においては、ガス爆発事故や酸素欠乏症により室内における人の死の結果発生 of 危険が十分生じうるものであることは明らかである。」「一般人はそれが天然ガスの場合であつても、都市ガスを判示のような態様をもつて漏出させることは、その室内に寝ている者を死に致すに足りる極めて危険な行為であると認識しているものと認められ、従つて社会通念上右のような行為は人を死に致すに足りる危険な行為であると評価されているものと解するのが相当である。さすれば、被告人の判示所為は、到底不能犯であるということとはできない」

<検討>

本判決は、都市ガスによる殺害と自殺の企行に関して、殺人未遂の成立を認めたものである⁽²⁴⁾。先ほどの【判例18】と類似の事案である。

弁護人の主張は、都市ガスが天然ガスであり、天然ガスが人体に無害であるから、本件は不能犯であるとするものである。

これに対し、岐阜地裁は、天然ガスに中毒死のおそれはないとしたが、「都市ガスの漏出によつて室内の空気中のガス濃度」が高まれば、「静電気を引火源としてガス爆発事故が発生する可能性」が認められ、あるいは「人体に脈拍、呼吸数増加、頭痛などの症状が現われ…窒息死するに至ることが認められる」こと、そして、「都市ガスを…漏出させることは、その室内に寝ている者を死に致すに足りる極めて危険な行為であると認識しているものと認められ、従つて社会通念上右のような行為は人を死に致すに足りる危険な行為であると評価されている」ことの二つを理由として挙げて、本件に殺人未遂を認めた。

本判決もまた、先の【判例18】と同様に、絶対的不能・相対的不能説と

具体的危険説の両方を用いた判例として位置づけることができるように思われる。本件も【判例18】も、絶対的不能・相対的不能説からも、具体的危険説からも未遂犯を肯定する根拠が示されているのであるが、これが相反する場合にはどのように判断されるのかは明らかではない。

(2) 下級審判例には、【判例12】で表された不能犯の定義の影響を受けて、「結果発生の危険」という表現が見られる。もちろん、「結果発生の危険」という表現が見られるからといって、ただちに、危険説に依拠することを意味するわけではない(【判例16】)。しかし、絶対的不能・相対的不能説の立場では未遂犯の成立を肯定できないと思われる事案(【判例17】)では、具体的危険説に依拠したと思われる理由づけがなされている。あるいは、【判例18】や【判例19】は、絶対的不能・相対的不能説と具体的危険説との両方を用いていると思われる判例が見られるのである。そうすると、危険説、特に具体的危険説が近年の下級審判例に影響を及ぼしていると見るべきように思われる。

とはいえ、これらの事案は、最高裁に上げられると、違う結論あるいは異なる理由づけがなされることは十分考えられることから慎重に判断しなければならないであろう。

註

- (22) 本判決の評釈として、植松・前掲「不能犯」140頁以下参照。
- (23) 本判決につき、野村・前掲『未遂犯の研究』412頁、山口・前掲『危険犯の研究』171頁参照。
- (24) 本判決の評釈として、佐伯仁志「不能犯(3)」刑法判例百選Ⅰ総論(第5版, 2003年)138頁以下、木村光江「不能犯(3)」刑法判例百選Ⅰ総論(第6版, 2008年)138頁以下参照。

6 結語

不適切な手段による殺人企行と不能犯に関する判例を考察してきたが、以下のような結論を導くことができたように思われる。

まず、旧刑法時代の大審院判例は、不能犯についてあまり自覚的に論じられていなかったようである。例えば【判例1】では、弁護人の上告趣意には、当該行為によっては結果が発生しないのであるから不能犯であるとの主張がみられるのであるが、大審院は原院の認定によれば未遂犯であるとするだけ何の根拠も提示していない。【判例2】、【判例3】に至ると不能犯論を意識しているようには思われるが、未遂犯と不能犯の区別基準を提示するには至っていないといえよう。

現行刑法の時代になると、【判例4】において、それが不能犯を論点とした事案ではないにもかかわらず、硫黄による殺人企行を不能犯としたことによって、判例が絶対的不能・相対的不能説に依拠することを明らかにしたと考えられよう。そして、その後の判例は、大審院から最高裁へと至るまで、絶対的不能・相対的不能説に依拠していると考えられる。殺人未遂の事案として、大審院、最高裁が不能犯を認めた事案が【判例4】だけであることを指摘しておきたい。絶対的不能・相対的不能説でも方法の不能の事案に関しては、未遂犯の成立を肯定する傾向はあるが、他の学説に比べれば、不能犯とされる可能性が最も高いはずである。実際、絶対的不能・相対的不能説の立場からは、未遂犯の成立を説明するのに困難な事案も認められるのである（【判例12】、下級審であるが【判例17】）。

判例の絶対的不能・相対的不能説は、毒の投与に関して致命的性質を有する以上、その分量にかかわらず殺人未遂を認めることも可能ではあるのだが（【判例5】）、「被摂取者の体質その他の条件によれば、絶対に結果が発生しないとはいえない」という形で、客体の条件を仮定することで相対

的不能である理由を示すようになる（【判例7】）。また、ここでは「絶対に結果が発生しないとはいえない」場合を相対的不能とすることによって、広く相対的不能を認める立場であるということができよう。

大審院から最高裁に変わっても、絶対的不能・相対的不能説に依拠しているのであるが、下級審判例は、必ずしも絶対的不能・相対的不能説に依拠するとは限らないことが見受けられる。古くは大審院判例時代の【判例8】があり、最高裁時代になってから【判例12】によって不能犯の定義に「結果発生危険」が取り入れられると、危険の表現が【判例14】の原審や、【判例15】の原審に見られ、あるいは具体的危険説に依拠したと思われる【判例17】などにも見られる。近年では、絶対的不能・相対的不能説と危険説との双方を展開する判例も見られる（【判例18】，【判例19】）。昭和40年代以降、方法の不能が問題となった殺人未遂の事案が最高裁に現れないことから、殺人未遂が問題となる方法の不能の事案に関して最高裁が現在でも絶対的不能・相対的不能説を維持しているのかは判然としないのであるが、危険説の影響が下級審に現れていることは明らかであろう。