

## 一．反対尋問

### ．学説の状況について

- ・ (3) 具体的危険説で述べられている「科学的一般人」と「普通の一般人」の違いは何か。

### ．学説の検討について

- ・ (5) において、「行為の危険性」とその行為の「科学的危険性」との関係はどのようなものか。
- ・ (5) において、「一般人の見地」と常識の違いをどう考えているか。

### ．本問の検討について

- ・ 「微量」とはどれくらいの量を指すか。

## 二．立論

### ．学説の検討

1. まず、不能犯と未遂犯の区別につき、検察側の採用する具体的危険説ではなく、客観的危険説が妥当であると解し、以下で立証する。

- (1) まず具体的危険説は一般人を基準に用いるが、そもそも何をもって一般人とするか、その範囲は曖昧不明確である。更に一般人はその中でも見解が対立するという致命的な欠点を内包している。したがって、これを基準に用いるのは妥当でない。

- (2) 更に、一般人は社会全体の多数派の意思を尊重するという極めて民主的な発想に基づいているが、これはそもそも自由主義の担い手である裁判所の性質と相容れない。

- (3) また、この説では危険判断を一般人を基準に行うために不合理な結論に至る。まず、一般人が危険を感じれば、科学的に見て結果の発生が絶対にありえない場合にも、未遂犯となる。例えば、一般人が A という薬品を人に飲ませることが危険だと思えば、科学的に見てその薬品では人が死ぬことはないとしても、殺人未遂が成立する。

2. ところで、客観的危険説においては未遂犯を処罰する現行法規と矛盾するという批判がある。しかし、未遂の理由が全て科学的事由に基づくとは限らないことからすると、当説を採用するとてななら現行刑法典と矛盾するものではない。

例えば、ある者が拳銃で人に重傷を負わせたが、被害者がたまたま通りかかった人により病院に運ばれ一命を取り留めた場合などには、未遂犯を肯定することができる。したがって、かかる批判は当たらない。

更に客観的危険説は科学的、絶対的基準で判断するために基準が極めて明白であり、一般人などと言う曖昧不明確な基準を用いるより行為者にとって予測可能性が付きやすい。この点、刑罰法規の自由保障機能から考えても優れた説であり、人権保障に資するとさえいえる（憲法 31 条、同法 14 条 1 項前段）。

3. 以上より、具体的危険説ではなく、客観的危険説を採用すべきである。

### ．本問の検討

1. 甲の注射行為に殺人罪（199 条）の実行行為性は認められるか。

2. 本件の場合、空気注射で人を殺害するためには 70cc の空気が必要なところ、甲が X の静脈に打ち込んだ空気の量は致死量から遥かに遠い 40cc に止まっている。

この点、我々の採用する客観的不能説によると、アレルギー疾患などの事情があればともかく、特段何も事情のない X をこのような方法で殺害することは、一般的に実現が不可能であるといえる（絶対的不能）。

よって、甲の注射行為には殺人罪（199 条）の実行行為性が認められず、不能犯となる。

3. 以上より、甲には殺人未遂罪（203 条、199 条）の共同正犯（60 条）は成立しない。

以上