

## 一．反対尋問

検察側は殺人罪の保護法益をいかに解しているか。

## 二．立論

## 1．学説の検討

## 不能犯と未遂犯の区別の基準

不能犯と未遂犯の区別の基準について、検察側は E 説(具体的危険説)が妥当であるとしている。E 説(具体的危険説)においては、未遂の処罰根拠となり得るのは、行為規範に違反したという行為無価値と、法益に対する社会の安全感を侵害したという結果無価値である。しかし、それらだけでは刑が裁量的に減輕されるに過ぎない未遂の違法性を基礎付けるには不十分であるし、未遂犯はすべていけば社会的法益に対する罪であるとする位置づけも妥当ではない。

思うに、未遂犯は独立の犯罪類型ではないから、既遂の場合と保護法益は同一であると解するべきであり、また、既遂の処罰根拠が法益の客観的な侵害・危険化にあるのと同様に、未遂の処罰根拠も既遂に達する客観的な危険の惹起に求めて初めて、その重い違法性が説明できる。したがって、不能犯と未遂犯との区別基準については客観的危険説が妥当である。

もっとも、A 説(純粹客観的危険説)を採用することは相対的不能と絶対的不能の区別を明確にし得ない点で疑問が残るし、また結果が生じなかったということは、それなりの根拠があって生じなかったのであるから、科学的に判断すればあらゆる未遂において結果の不発生は必然的であり、すべての未遂犯が不能犯であるという帰結になりかねないといえる。

そのような点に対処するため、危険性の有無については、(1)行為時に存在した客観的事情を基礎として、(2)その行為時を基準とした判断は裁判官(科学的一般人)が一般人の視点から科学的合理的に判断するものであり、(3)行為時における結果発生の可能性は、結果が発生しなかった原因・事情を究明すると同時に、いかなる事情の変更があれば結果が発生し得たか、そして、その事情の変更はどの程度の蓋然性があったのかを探求することによって判断するというように修正した理論である B 説(修正客観的危険説・仮定的蓋然性説)が妥当であると考えられる。

## 2．本問の検討

学説の検討において考察したように、弁護側は B 説(修正客観的危険説・仮定的蓋然性説)に立脚したうえで、以下本問を検討する。

## (1)甲の罪責について

ア．まず、本問において甲と丙は共謀して、栄養剤であるなどと乙を騙し承諾を得た上で、乙の静脈に空気を注入し、乙を殺害しようとしたが、乙は死に至らなかった。かかる点について、検察側が主張するように、甲に殺人未遂罪の共同正犯(60、203、199 条)が成立するか。

この点、実際に注射をしたのは丙であるが、丙の罪責で検討するように、丙の行為に殺人罪の実行行為性が認められないことから、甲に殺人未遂罪の共同正犯(60、203、199 条)は成立しない。

イ．次に、乙殺害をあきらめきれなかった甲が、殺意をもって乙の頸を絞め、乙を殺した行為につき殺人罪(199 条)が成立する点では検察側に同意する。

## (2)丙の罪責について

ア．乙の腕の静脈内に蒸留水とともに注入した空気は約 40cc であり、空気栓塞を起こし死亡するのに必要な 70cc から 300cc に及ばない量であった。このような丙の行為に殺人罪の実行行為性があるか。

この点、丙が注射行為を行ったものの、乙死亡の結果が発生しなかった原因は、丙が注射をするという行為時に存在した客観的事情として、注射器には約 40cc の空気と蒸留水しか入っていなかったということ、つまり、注入した空気の量が一般に人が空気栓塞を起こし死亡する量に満たなかったことにある。

もっとも、「約 40cc しか注入しなかった」という事情に変更があれば、結果発生があり得たことになる。

本問についてみるに、一般に人が空気栓塞を起こし死亡する量である 70cc とは実際に丙が注射した 40cc のほぼ 2 倍の量であるし、70cc もの空気・蒸留水を注入されれば乙も異変に気づくかもしれないという危惧感なども考慮すると、丙が 70cc 以上の量の空気・蒸留水を注入するという事情変更の蓋然性は限りなく低い。

しかも、約 40cc の量の蒸留水と空気を注入して「乙の死を期待してしばらく様子を見ていた」ことから、甲と丙は 40cc をもって人の死を招来することを確信していたのであり、この点でも 70cc 以上の量を注入する蓋然性は極めて低い。

また、「乙が一般に致死量には至らない約 40cc をもって死亡する」という事情変更の蓋然性があれば、結果発生の可能性があったといえるが、乙に特段の身体的状況などがあったわけではないし、夫婦である甲がなんからの身体的状況などを利用する目的の下 40cc という量の空気を注入したという事情もないので、身体的状況などの諸事情が発端となって、乙が死亡するという事情変更の蓋然性は無い。

よって、当該行為には、殺人罪の実行行為性が認められない。

したがって、丙に殺人未遂罪の共同正犯(60、203、199 条)は成立しない。

イ．次に、乙殺害をあきらめきれなかった丙が、放火して、現に甲と乙が住居に使用している建造物を焼損させた行為につき現住建造物放火罪(108 条)が成立する点では検察側に同意する。

ウ．次に、丙は放火を手段として甲宅にいる乙を殺そうとしたが、すでに乙は甲により殺害されていた。そこで、このような構成要件的行為の客体が存在しないために、結果の発生が不能な場合についても殺人未遂罪(203、199 条)が成立するか。

この点、丙の甲宅への放火行為時において、既に乙は死亡していたという認定がなされている。したがって、丙の放火行為時における乙の生命侵害の現実的危険性が否定される。

もっとも、「丙の放火時に乙が死亡していた」という事情に変更があれば、結果発生があり得たことになる。

本問についてみるに、丙は午後 1 時頃に甲が外出したことを確認した後に、午後 1 時 15 分頃甲宅に放火している。丙は外出する甲を目撃し、その上で放火行為を行っているのであるから、丙が甲宅に放火行為を行うことで乙の死因が形成されていた可能性は無い。つまり、丙が放火行為を行う発端となったのは甲の外出という点にあるのであるから、甲が乙を殺害する以前に丙が放火行為を行うという事情変更の蓋然性は無い。したがって、この点について、丙に殺人未遂罪(203、199 条)は成立しない。

エ．また、丙は甲宅に放火して乙の死体を損壊しているものの、丙には死体損壊の故意ではなく殺人の故意があることから、抽象的事実の錯誤があるといえる。そこで、かかる場合であっても、丙に死体損壊罪(190 条)の構成要件の故意が認められるか。

この点については検察側に同意して、死体損壊の構成要件の故意は認められないといふべきであり、死体損壊罪(190 条)は成立しない。

## 三．結論

甲は殺人罪(199 条)の罪責を負う。

丙は現住建造物放火罪(108 条)の罪責を負う。

以上