

I. 反対尋問

1. 未遂犯の処罰根拠をいかに解するか。
2. 実行行為の意義をいかに解するか。
3. 具体的危険説において、「行為者が特に認識していた事実」を判断基底とするのはなぜか。
4. 「社会一般の目からみた類型的危険性」とはなにか。
5. 行為者が誤った事実を特に認識していた場合、かかる事情は判断基底に入るか。
6. 3頁2行目以下「しかしこれは、～、妥当ではない。」とあるが、具体的にどういうことか。
7. 死体損壊罪(190条)との抽象的事実の錯誤は問題とならないか。

II. 学説の検討

- (1) 検察側と同様の理由から、A-1説及びC説は妥当ではないため、採用できない。
- (2) 検察側は未遂犯と不能犯の区別である危険性の判断につきD説(具体的危険性説)をとり、かかる説は行為者の認識によって、危険性の有無を決定するが、主観は責任の段階で検討すべきであり、危険判断の基礎とするのは妥当でない。また一般人の持つ行為時の印象・危機感を未遂犯の処罰根拠とすることも不合理である。
- (3) 思うに未遂犯の処罰根拠は結果発生 of 具体的危険性にある。

そうだとすれば、可罰的な未遂か不可罰的な不能犯かの区別も、事後的・客観的な判断を維持すべきである。

もっとも、前述の通りA説は採りえないことから、客観的危険説を修正する必要がある。

そこで弁護側は、具体的危険の判断に際しては、結果不発生を前提とし、結果が発生しなかった原因・事情を究明すると同時に、いかなる事実があれば結果が発生し得たか、そして科学的一般人の立場からその事実の存在はどの程度ありえたのかを検討する、A-2説(修正客観説・仮定的蓋然性説)¹を採用する。

III. 本問の検討

1(1) Yの、Aに対する、殺意をもって左右腹部・右前腕部・前胸部を日本刀で突き刺した行為につき、殺人未遂罪(203条、199条)が成立しないか。

(2)ア、本件において、Yの行為時にはAは死亡していたことから、Yのかかる行為によってAが死亡することはなかったものといえる。そこで、Yのかかる行為は殺人罪の実行行為にあたるのか、それとも不能犯として不可罰となるのか。可罰的な未遂犯と不可罰的な不能犯の区別基準が問題となる。

イ、思うに、未遂犯の処罰根拠は、既遂の危険、すなわち既遂犯の構成要件的结果発生 of 具体的・客観的危険に求められるところ、可罰的な未遂犯と不可罰的な不能犯の区別にあたっては、かかる危険の有無を基準とすべきものと解する。

そこで、かかる危険の有無の判断(検察側が問題の所在として挙げるところの「未遂犯と不能犯の区別」)基準が問題となるところ、弁護側は前述の通りA-2説(修正客観説)を採用する。

¹ 山口厚『刑法総論〔第2版〕』有斐閣[2008年]276,277頁
西田典之『刑法総論〔第2版〕』法律学講座双書[2010年]310,311頁
山口『危険犯の研究』東京大学出版会[1982年]164～166頁

ウ、これを本問につき見るに、まず「Yの行為によるAの死亡」という結果が発生しなかったことが前提となる。次に、かかる結果が発生しなかった原因は、Yの行為時に、AはXの発射した第2弾により既に死亡していたことである。そして「Yの行為時にAが未だ生きていた」という事実が存在すれば、「Yの行為によるAの死亡」という結果の発生がありえたものと考えられる。

では、この事実の存在はどの程度ありえたと考えられるか。

この点、Xの拳銃射後、直ちにYはAに対して日本刀で突き刺しているものの、Aは人体の枢要部であり、生命活動の中核たる脳を内包する左頭部に頭部貫通銃創という致命傷を負っており、また本件鑑定書によれば、AはXの第2弾発射以降の受傷時には「死に一步踏み入っていたもの即ち医学的には既に死亡していた」ものとされている。そして、医学的専門家の判断たる鑑定書記載内容の真実性・信頼性は非常に高いものといえ、科学的見地及び一般人的見地からしても、その記載内容たる「Y行為時のAの死亡」という事実は、合理的な疑いを差し挟む余地もなく真なるものと言わざるを得ない。とすれば、科学的一般人の観点から事後的に判断して、「Yの行為時にAが未だ生きていた」という事実の存在はまずありえないものといえる。

エ、したがって、既遂の危険は認められないことから、Yのかかる行為は殺人罪の実行行為にあらず、不能犯として不可罰となる。

(3) よって、Yのかかる行為につき殺人未遂罪は成立しない。

2(1) Yのかかる行為につき、死体損壊罪(190条)が成立しないか。

(2)ア、Yは、Aの「死体」を、日本刀で突き刺し「損壊し」たといえ、かかる行為は死体損壊罪の構成要件に該当する。

イ(ア) もっとも、YはAが未だ生きていたものと誤信しており、殺人罪(199条)の故意しかない。そこで、かかる場合にも、Yに死体遺棄罪の故意が認められるか。

イ(イ) 思うに、故意責任の本質は、規範に直面したにもかかわらず、あえて犯罪行為に出るという反規範的人格態度に対する道義的非難にある。

そして、規範は構成要件の形で与えられていることから、行為者の主観的事実と実際に発生した客観的事実とが同一構成要件の枠内で符号しない限り、規範に直面したとはいえず、故意は阻却される。

もっとも、構成要件の枠内で符合していなくとも、①行為態様及び②保護法益が共通し、構成要件の重なりがあれば、その範囲で規範に直面したといえ故意が認められる。

ウ(ウ) これを本問につき見るに、Yの主観は殺人罪であり、一方客観的事実は死体損壊罪であることから、両者は同一構成要件の枠内で符合していない。

そして、①行為態様は、人体の物理的破壊という点で共通するものの、②保護法益は、前者が身体・生命という個人的法益であるのに対し、後者が死者の尊厳という社会的法益であることから共通しない。

したがって、両者には構成要件の重なり合いもない。

エ(エ) よって、Yには死体損壊罪の故意が認められない。

(3) 以上のことから、Yのかかる行為につき死体損壊罪は成立しない。

IV. 結論

Yは何ら罪責を負わない。

以上