

只木ゼミ 前期第7問 検察レジュメ

文責：3班

I. 事実の概要

XとYは所属する甲暴力団乙組の一派首領であるAに対し不快の念を抱いていた。

Xはある日Aに同組事務所前まで送ってもらった際「A坊、すまんじゃったのお」と言ったところ、Aから「ちんぴらが何をたれてやがるか、甲斐性があるならかかってこい」と言われ、左頬を一回手拳で殴られた。これに憤慨したXは、咄嗟にAを殺害しようと決意し、同事務所の玄関口に置いてあった拳銃を持ち出し、A目がけて一発発射し、Aの左側胸部に命中させ、傷害を負わせた。Xは更に二発の弾丸を発射し、それぞれ左頭部、背部に命中させ、傷害を負わせた後その場から逃走した。

この銃声を聞きつけたYは、即座に刃渡り約60cmの日本刀一振りを持ち出し、Aが仰向けに倒れている状況を見るにつけ、殺意をもってAの左右腹部、右前腕部、前胸部を同日本刀をもって突き刺し、Aに対し傷害を負わせた。

その後の鑑定書には、Aの死因は、Xの第2弾による頭部貫通銃創であり、日本刀による創傷の加えられたときには医学的には既に死亡していたものと認める旨の記載がされている。

II. 問題の所在

本件はYの行為時に既にAは死亡していることから、Yは不能犯となり処罰されないのではないか。未遂犯と不能犯の区別が問題となる。

III. 学説の状況

A説 客観的危険説

行為時に存在したすべての客観的事情を判断の基礎にして、客観的にみて結果発生の危険性がある場合には未遂犯の成立を肯定し、そうでない場合には不能犯とする。

A-1説 純粹客観説¹

危険性の判断は、行為後の事情まで含めて、事後的に純科学的に判断すべきとする。

A-2説 修正客観説²

危険性の有無は、実行行為時に存在した客観的事情をもとに、実行時を基準に、裁判官が一般人の視点で科学的合理的に判断するとする。

B説 主観説³

行為者に犯意があり、かつその犯意を実現しようとする行為がある以上、その行為が危険であるか否かを問わず未遂犯の成立を認める。

C説 抽象的危険説⁴

¹ 山口厚『刑法総論〔第2版〕』有斐閣[2007]275頁

² 前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』東京大学出版会[2006]156頁

³ 壮子邦雄『刑法総論』青林書店[1981]629頁

行為の当時に行為者が認識していた事情を基礎に客観的見地に立って危険の有無を判断し、一般人の立場からその事情のもとにおいて事実実現の危険を感じるか否かによって未遂と不能を分ける。

D 説 具体的危険説⁵

行為の当時一般人が認識しえた事情及び行為者が特に認識しえた事情を基礎に客観的見地に立って危険の有無を判断し、一般人の立場からその事情のもとにおいて事実実現の危険を感じるか否かによって未遂と不能を分ける。

IV. 判例

<事実の概要>

被告人は、通行人を後方から引き倒してその懐中物を奪取しようとしたが、被害者が何も財物を所有していなかったため、結局何も盗まれなかった。この事件の争点は、被害者が財物を所有しない場合でも、強盗罪の実行行為といえるかである。

<判旨>

通行人が懐中物を所持するが如きは普通予想し得べき事実なれば、これを奪取せんする行為は、実害を生ずる危険があるとして強盗未遂罪を認めた。

V. 学説の検討

不能反論は未遂の成立を制限するものである。未遂犯の処罰根拠が法益侵害の現実的危険性にあることから犯罪結果が発生しなくとも法益侵害の現実的危険性があれば処罰に値する。しかし、これを無制限に許すことは刑法の自由保障機能を害する。そこで未遂と不能の区別が問題となる。

また、A-1 説は結果が発生しなかったことは何らかの原因があるのだから、この説を徹底するときには、未遂犯はほとんど全て不能犯になってしまい、妥当でない。現行法は未遂を処罰しているのだから、処罰範囲を不当に狭めるこの説は採用することはできない。

そして A-2 説は科学的危険性を中心に考えようとするが、法益侵害の現実的危険性は、構成要件該当性の問題として、社会一般の目からみた類型的危険性を意味すると解すべきであり、妥当でない⁶。次に B 説は行為者の犯意を重視するあまり、処罰範囲が広がりすぎるため、妥当でない。そして、C 説は危険判断の基準を一般人にしているが、行為の当時に行為者が認識していた事情のみを判断材料にすることは、行為者の認識した虚幻にこだわることになるので十分に客観化されていない。C 説は、一般人が A の死を熟知しているのに、行為者がただ一人それを知らず、殺意を持って A の死体を刺した場合でも殺人未遂を認める。しかしこれは、すでに結果発生の可能性がないことが一般人に熟知されているにもかかわらず、しいてそれを無視して行為者の誤った認識を基礎として、もしそれが真

⁴ 牧野英一『刑法総論・上巻』有斐閣[1958] 332 頁

⁵ 川端博『刑法総論講義〔第2版〕』成文堂[2006] 439 頁

⁶ 大谷寛『刑法講義総論〔新版第3版〕』成文堂[2009] 380 頁

実であったらという、仮想状態で未遂を認めることになるため、妥当ではない⁷。

思うに、危険性の判断は実行行為の判断であり、構成要件該当性の判断である。そして、構成要件とは社会通念を基礎とした違法・有責類型である。また、刑法上評価の対象となる行為とは主観と客観の統合体である。したがって、危険性の有無は行為時に一般人が認識しえた事情及び行為者が特に認識していた客観的事実を基礎として、行為時に立って、科学的一般人ではなく通常の一般人の見地から判断すべきである。よって、検察側は D 説を採用する。

VI. 本問の検討

本件において、A は Y の行為時に既に死亡していたことから、そもそも構成要件的结果を発生させる現実的危険性が存しなかったとして、Y は不能犯となるか。

この点、検察側は未遂罪と不能犯の区別につき、E 説(具体的危険説)を採用する。

そして、Y の行為時において、A は仰向けに倒れていたのであり、一見して生死は明らかではない。もっとも、Y は銃声を聞いて、即座に駆けつけたのであり、A は X に銃撃されて間もないものと考えられる。また、X の弾丸が Y の急所に当たっているか否かについても、Y が大量に出血しているというような事情も存しないことから、一般人がその場で即座に判断できるものでもない。とすれば、一般人の立場から見て、Y の行為時には A は重傷を負っていることはあっても、なお生きていたと考えるのが通常である。そして、このような状況下において、Y が A の腹部、胸部等といった人体の急所を、日本刀という殺傷力の高い武器で突き刺した行為は、A の生命という法益を侵害するものとして、殺人罪の構成要件の実現が一般に可能であったといえる。

したがって、Y は不能犯とはならない。

そして、本件における Y の行為は、銃撃に遭い無防備に倒れていた A の腹部、胸部等といった人体の急所を、日本刀という殺傷力の高い武器で突き刺すというものであり、かかる行為は殺人罪(199 条)の実行行為に該当する。

もっとも、A は Y の行為時には既に死亡していたのであるから、Y は A を「殺した」とは言えず、Y の行為は殺人未遂罪(203 条、199 条)の客観的構成要件に該当することとなる。

また、Y には A に対する殺意も認められる。

したがって、Y の行為は殺人未遂罪の構成要件に該当する。

よって、Y は殺人未遂罪の罪責を負う。

VII. 結論

Y は殺人未遂罪(203 条、199 条)の罪責を負う。

以上

⁷ 植松正『刑法概論 I 総論』勁草書房[1985]336 頁以下