

## 只木ゼミ 前期第2問 弁護レジュメ

文責：4班

### I. 反対尋問

1. 検察側レジュメにおいて、「刑法の行為規範性を重視すれば、一般人が…危険を感じる行為を禁止する」ことで法益保護を図る必要があるとするが、行為規範違反と法益侵害の危険とは必ずしもイコールではないのではないか。
2. 「行為者が特に認識していた場合は…危険性に影響を与える」としているが、行為者の認識によって行為の危険性の有無が決定されることはないのではないか。

### II. 学説の検討

1. 甲説(主観説)および乙説(抽象的危険説)については、検察側と同様の理由で妥当ではない。

2. では、検察側が採用する丙説(具体的危険説)は妥当であろうか。

この丙説は以下のような理由により妥当ではないと考える。

第一に、行為者の認識により危険性の有無が決定されるというのは不合理である。客観的に法益侵害の危険性が存在すれば、その行為は危険なのであり、行為者の認識によってその客観的危険性が左右されることはないのである。

第二に、一般人の知識水準を危険判断の基準とするべきではない。例えば、ある薬物の一定量の投与が死亡結果につながるかどうかについて、一般人には専門的知識がないため判断が不能になることも生じ得るし、また科学的には因果法則が認められているが、それがいまだ一般人の社会通念に取り込まれていない場合に、一般人を基準とすると危険の発生を肯定できない恐れがあるのである。

3. では、丁説(客観的危険説)は妥当であろうか。

確かに、検察側も主張するように厳密的・科学的判断によれば、すべての未遂は不能犯になりかねない。

そこで、結果を発生させるために必要であったが、存在しなかった事実(仮定的事実)の存在可能性の程度を、科学的一般人を基準として事後的に問うことにより危険の有無を判断すべきである。未遂処罰の根拠は「結果発生がありえたこと」にあるところ、仮定的事実の存在可能性がある程度あったといえる限りで、行為は具体的に危険であり、未遂の違法性を肯定できる<sup>ii</sup>。よって弁護側は丁2説(修正客観説)を採用する。

### III. 本問の検討

1. XがYの静脈に空気を注射した行為について、Yに対する殺人未遂罪(203条,199条)が成立するかを検討する。
- 2.(1) 本問において、Xは注射器内の空気が、Yに空気塞栓症を生じさせ同人を殺害するのに十分な量であると誤信して、Yに上記注射行為をなしている。しかし、実際に注射さ

れた空気量は 30cc であり致死量には満たないものであった。そこで、X の上記注射行為には生命断絶の現実的危険性(殺人罪の実行行為性)が認められず、不能犯として不可罰となるのではないか。未遂犯と不能犯の区別が問題となる。

(2) この問題に関して弁護側は、丁 2 説(修正客観説)を採用する。そこで以下では、

①現実に存在した事実の代わりに、いかなる事実(仮定的事実)が存在すれば科学法則上法益侵害結果が発生するか、②科学的一般人の立場からみて、仮定的事実がどの程度存在し得たかについて検討する。

(3) 本問において、Y は当時 17 歳と比較的若く生命力が旺盛であり、また健康上特段の問題も抱えていなかったことが認められる。そうだとすれば、科学法則上 Y の生命断絶の結果を生じさせるには、①一般人の致死量の最低限に相当する 70cc 以上の量の空気が Y の静脈に注入されるという事実が必要であったと考えられる。

では、②科学的一般人の立場から見て、上記仮定的事実はどの程度存在しえたであろうか。本問において、一般人からすればかなりの量の空気が注射器内に入っているように見えたのであり、それ以上に注射器内に空気を補充することはなかったと考えられる。したがって、一般人の致死量の最低限に相当する 70cc 以上の量の空気が Y の静脈に注入されるという事実が存在し得た可能性は極めて低い稀有なものであると考えられる。

以上より、X の注射行為に生命断絶の現実的危険性は認められない。

(4) よって X の注射行為は殺人罪としては不可罰となるため、X の Y に対する殺人罪は成立しない。

3.(1) では、X が Y の静脈に空気を注射した行為について、Y に対する傷害罪(204 条)が成立するかを検討する。

(2) まず、X は注射器を用いて Y の右前腕部静脈に注射しているため、Y の身体の生理的機能を害したといえ、「人の身体を傷害し」といえる。

(3) もっとも、X は客観的には傷害罪に該当する行為を殺人罪の故意でなしているため、傷害罪の故意が認められないのではないかが問題となる(抽象的事実の錯誤)も、殺人罪と傷害罪は身体に攻撃を加えるという点で行為態様は同一であり、また保護法益も重複するという点で、両罪の構成要件には実質的な重なり合いが認められる。よって、軽い傷害罪の限度で故意が認められる。

(4) 以上より、X の Y に対する傷害罪が成立する。

#### IV. 結論

X は Y に対する傷害罪(204 条)の罪責を負う。

以上

<sup>i</sup> 西田典之『刑法総論〔第 2 版〕』(弘文堂,2010 年)309 頁参照。

<sup>ii</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2010 年)415 頁参照。