

I. 反対尋問

1. 判例をあげた趣旨は何か。
2. III.学説の状況において「一般人が認識しえた事情」の判断基準は何か。
3. V.学説の検討 4 の「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」とあるが、なぜか。

II. 学説の検討

1. 弁護側は検察側と同様の理由により A、B、C 説を採用しない。
2. 弁護側は以下の理由により D 説を採用しない。¹
 - (1) 具体的危険説が「行為者が特に知っていた事情」を基礎に含めるのは、一般人が危険だと思わない行為であっても行為者が危険な行為だと知っていた場合、含めなければ危険が発生したにもかかわらず不能犯として処理され不都合だからである。例えば、砂糖水を大量に飲ませる行為は一般人から見れば何ら危険のない行為であっても、被害者が糖尿病であることを行為者が認識して飲ませ殺害した場合、行為者の事情を考慮しなければ不能犯となってしまう。

すなわち、かかる考えは行為の危険性による結果惹起が適切か否かという観点に立ってしまうために生じる。しかし、被害者が糖尿病であれば砂糖を飲ませることは客観的には危険だったといえる。

そもそも未遂犯と不能犯の区別は、行為の危険性が結果を惹起するのに適切か否かで判断するのではなく、客観的に結果を惹起するか否かで判断すべきである。そして、行為者の認識の有無は故意の有無にかかわり責任の問題として処理されるにとどまる。
 - (2) また、「一般人が認識しえた事情」を危険判断の基準にすると、一般人が危険と思えば客観的に危険でない行為にも未遂が適用され、逆に一般人の知識では危険と思わなければ（またはわからなければ）客観的に危険な行為にまで不能犯となってしまう。

かかる結論が妥当であるとは到底考えられない。
 - (3) さらに、未遂犯の処罰根拠は構成要件的结果発生の現実的危険性を惹起する行為にある。しかし、具体的危険説は一般人の持つ行為時の印象・危険感をも判断に含めてしまうため、非現実的な危険性を惹起する行為も処罰されてしまい妥当でない。
3. 弁護側は以下の理由により A'を採用する。

他説における問題点を克服することができるため、妥当である。内容としては、行為者の認識を排除することで、危険判断をより明確にすることができる。

¹ 西田典之『刑法総論[第 2 版]』（弘文堂、2010 年）308～311 頁参照。

Ⅲ. 本問の検討

A を日本刀で突き刺した X の行為につき、殺人罪（199 条）が成立しないか。

まず、X の行為は未遂犯の処罰根拠（44 条）たる構成要件的结果発生の現実的危険性を惹起する行為といえるか。本件においては X の行為時には外形的にみると A は生存し、X の鋭利な刃物である日本刀で刺す行為は人を死亡させる危険性があり、「実行の着手」といえる。一方で、X の行為後に A は医学的にみると死亡していたことが判明した。とすれば、X の行為は人を死亡させる結果の危険性がないといえ、不能犯といえる。では構成要件的结果の現実的危険性の判断方法をいかに解すべきか、その判断方法によって結論が異なることから、問題となる。

この点弁護側は A 説を採用し、検討する。

まず、本件において結果が発生しなかった原因は Y の行為により A はすでに死亡していたからである。そして、Y の第 2 弾丸による頭部貫通銃創がなく、A が生存していたなら、X の左右腹部及び前胸部など生命維持にとって重要な部位を突き刺す行為によって死亡という結果発生はありえた。次に、Y は拳銃で生命の枢要部たる A の頭部をねらって発射している。銃弾が枢要部たる頭部を貫通すれば即死するのが通常であり、一般人も同様に考える。とすれば、事後的にみて、Y が生存していた可能性は低い。したがって、Y は生存しえない以上、X の行為には Y を死亡させるという危険性はない。以上から X の行為に構成要件的结果発生の現実的危険性を惹起すると言えない。

よって、殺人につき不能犯であり実行行為の構成要件に該当しないため、X の行為につき殺人罪（199 条）は成立しない。

Ⅳ. 結論

以上より、X は何ら罪責を負わない。

以上