

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側は B 説の検討(3 頁 27 行目)において、刑法の役割に、「国民に重要な法益が保護されているという「法的安心感」を与える」ことを上げているが、これは刑法の法益保護機能といかなる関係にあるのか。また、かかる役割からどのように考えて危険性の判断を一般人基準ですべきだと考えているのか。
- 10 2. 学説の状況(2 頁 2 行目)からすると、B 説は行為者が特に認識していた事情も判断の基礎とする説であるので、行為者が特に認識していた事情であれば、一般人が認識することができなかった事情も判断の基礎とするはずである。これは、B 説の検討(3 頁 25 行目)において、「一般人が認識することすらできなかった事情をもって、行為の違法性を判断することはできない。」と述べていることと矛盾するのではないか。
- 15 3. 検察側は B 説において、行為の違法性の判断について言及しているが、これは構成要件たる実行行為の危険性の判断についていかなる関係があるのか。
- 20 4. 検察側の採る B 説では迷信犯であっても、一般人が危険性があると信じていれば未遂犯が成立するのではないか。

II. 学説の検討

A 説: 純粹主観説¹

- 25 そもそも、未遂犯が成立するか否か、すなわち行為に法益侵害の危険性があったか否かというものは、行為者の主観によって変わることはないので、客観的に判断されるべきである。本説を採用すると、危険性が極めて高い行為であっても、行為者がそれを認識していなければ不可罰となり、逆に危険性のきわめて低い行為であっても、行為者がそれを犯罪行為だと思っていれば未遂犯が成立するという、著しく不当な結果になってしまう。

したがって、弁護側は A 説を採用しない。

30

B 説: 具体的危険説²

この説では、結果不発生について決定的な事実であっても、それが一般人に認識できず、行為者の認識していない事実であればその事実は無視されるので、結果発生の現実的危険性が存在しない場合にまで未遂犯の成立が肯定されてしまい、妥当ではない。また、一般人

¹ 前田雅英『刑法総論講義[第 6 版]』(東京大学出版会、2015 年)111-112 頁

² 西田典之『刑法総論[第 2 版]』(弘文堂、2010 年) 308-310 頁

の危険感という、曖昧な基準を用いており未遂犯の範囲が不当に広くなりうる。

したがって、弁護側は B 説を採用しない。

D-1 説：仮定的事実説³

5 この説は、いわゆる客観的危険説において未遂犯はおよそ不能犯と評価されてしまうという懸念から、仮定的事実が認められるか否かという基準を設けているが、そもそも仮定的事実というものが曖昧であり、結論ありきの恣意的な判断をするために設けた基準と言わざるを得ない。また、客観的危険説でも未遂犯を認めることは可能であることから、この点においても根拠が希薄である。

10 したがって、弁護側は D-1 説を採用しない。

D-2 説：客観的事後予測説⁴

検察側の指摘の通り、科学的合理的な判断により客観的な事情を基にした事前判断とは言うものの、それが貫徹されているとは言えず、論理的に一貫していない。また、この説も
15 客観的危険説を修正したものであり、積極的な論理根拠を説明し難い。

したがって、弁護側は D-2 説を採用しない。

C 説：客観説⁵

20 実行行為が有する法益侵害の危険性は、一般人や行為者の認識可能性や特定の知識の有無で左右されるものではないので、未遂犯において判断される実行行為の危険性は、そのような認識の違いに応じて変化しない科学的客観的見地で判断すべきである。

また、結果の不発生は、科学的に不確実な事情の影響を受けうるため、そのような場合には結果の不発生は科学的に必然だったとは言えず、未遂犯の成立は十分に認められる。

したがって、弁護側は C 説を採用する。

25

Ⅲ. 本文の検討

1. H を日本刀で突き刺した S の行為につき、殺人未遂罪(199 条、203 条)が成立しないか。

2.(1) まず、S の行為は構成要件の結果発生の現実的危険性を惹起する行為と言えるか。

(2)本問においては、一見すると S の行為時には H は生存しているような外見があり、S に
30 による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」と言えるものの、当該行為による損傷が発生した時点で H はすでに医学的に死亡していたために、H との関係において人を死亡させる危険性がある行為とは言えない。

(3) よって、未遂犯と不可罰の行為たる不能犯との峻別において問題となる。この点、弁

³ 山中敬一『刑法総論[第 2 版]』(成文堂、2008 年)735 頁参照

⁴ 前掲山中 735-737 頁参照

⁵ 井田良『講義刑法学・総論[補訂版]』(有斐閣、2011 年)414-415 頁参照

護側は C 説を採用するところ、実行行為が科学的客観的に法益侵害の危険性を有すると言えるかを判断する。

3.(1) 本問について見ると、S の行為時に H はすでに死亡しており、この事実を含むあらゆる事情を持って、当該行為につき科学的客観的に判断すると、S は H の死体の腹部や胸部に複数回損傷を与える行為を行ったと言える。すなわち、死体を損傷する行為を持って生存する「人を殺」せしめる現実的危険性を惹起することは不可能である。

(2) よって、かかる行為は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、S の行為につき殺人未遂罪(199 条、203 条)は成立しない。

4.(1) また、S の行為は死体損壊罪(190 条)の客観的構成要件該当性を満たすものの、S はかかる行為につき殺人罪の故意(38 条 1 項本文)をもって及んでいる。このような所謂抽象的事実の錯誤につき、原則は当該行為の構成要件における故意は認められないものの、例外的に、認識された構成要件事実と生じた構成要件該当事実とが実質的に重なり合う場合にのみ、その重なりの中で故意が認められると考えるべきところ、殺人罪の保護法益である人の生命と、死体損壊の保護法益である国民の宗教的感情との間に何ら重なり合いは存在しないと見え、死体損壊罪の構成要件の故意は認められない。

(2) また、死体損壊罪に故意が認められない場合における「特別な規定」(38 条 1 項ただし書)は存在せず、死体を損壊した行為においても犯罪は成立しない。

IV. 結論

したがって、S は何ら罪責を負わない。

以上