

I. 事実の概要

5 S 及び T は福岡県の北九州市を本拠地とする TDK 組の組員であったが、かねてより同組一派の首領 H に対して不快の念を覚えていた。平成 23 年 6 月 16 日の深夜 0 時 25 分ころ、S、T は H とともに H の車で甲会長の荷物 8 点を TDK 組事務所に運んでいたが、事務所に到着し、荷物を事務所に運び入れる際、T と H は口論になり、H は T の左頸部を手拳で一回殴打した。T は H に殴りかかれたことに憤激して、とっさに H 殺害を決意し、事務所玄関上がり口においてあった拳銃を持ち出し、事務所前道路上で H をめがけて発砲した。

10 同事務所玄関に荷物を運び入れていた S は銃声を聞き T が H を銃撃したものと直感した。S が玄関外に出ると、T が H を追いかけており、両名が同事務所から 50 メートル離れた P 歯科医院邸内に飛び込んだ途端 2 発の銃声が聞こえた。S は T の銃撃が急所を外れていたら H に止めを刺そうと考え、即座に同事務所玄関にあった日本刀を携えて急行した。T の 3 度にわたる銃撃により P 医院玄関前に倒れていた H に対し、S は H がまだ生きていると信じ、殺意をもってその左右腹部、前胸部等を日本刀で突き刺した。

S の罪責を論じよ。なお、以下の Q による鑑定書を参考にすること。

【Q による鑑定書】

20 「H の死因は P 歯科医院前で T によって加えられた第 2 弾による頭部貫通銃創であり、その後 S から受傷した刺、切創には単なる細胞の生的反応は認められるとしても、いわゆる生活反応が認めがたいから、これらの創傷の加えられた時には死に一步踏み入れていたもの即ち医学的には既に死亡していたものと認める。」

参考判例:広島高裁昭和 36 年 7 月 10 日判決

25 II. 問題の所在

形式的には実行行為が存在しても、その実行行為に実質的な結果発生の実質的危険性がない場合において、かかる行為に対して未遂犯を認めるべきか不能犯を認めるべきか問題となる。

III. 学説の状況

30 A 説：純粹主観説¹

主観説は、およそ犯罪を実現しようとする意思を表現する行為があれば、その行為が危険性を有するかどうかを問わず未遂犯であるとする説である。ただし、殺人の目的で丑の時(刻)参りをする行為のごとき迷信犯については、真の犯罪的意思が認められず単に希望の表明に過ぎないとか、行為者の性格が怯懦であるため性格の危険性が認められないなどの理由で不能犯とする。

35

¹ 大谷實『刑法講義総論(新版第 2 版)』(成文堂,2007 年)377 頁参照。

B 説：具体的危険説²

未遂犯の処罰根拠を法益侵害の危険性であるとし、行為時において、一般人が認識できた事情または行為者が特に認識していた事情を基礎として、そのような事情の下で行為がなされたならば、一般人の見地において、結果発生の可能性がある場合を未遂犯とし、これがない場合を不能犯とする説。

5

C 説：客観説³

科学的な因果法則に基づいた法益侵害の可能生の物理的・客観的判断を行うとする説。

D 説：修正的客観的危険説

10 D-1 説：仮定的事実説⁴

この説は、既遂に到達しなかった原因を科学的に究明し、いかなる事情が存在していたら既遂に到達し得たか(仮定的事実の存在可能性)を一般人を基準に事後的に判断する説。

D-2 説：客観的事後予測説⁵

15 行為時を基準に一般人の視点で危険性を科学的合理的に判断するものとする説。この意味で、本説は事前の立場からの事後予測であることを認め、この客観的・合理的判断には行為者の主観は資料とはされず、客観的な事情をもとに判断するべきであるとされる。

IV. 判例

20 大正3年7月24日 大審院刑事判決録20輯1546頁。

【事実の概要】

被告人は、通行中の被害者から金員を強取する目的で、後方から被害者を引き倒して同人の口を押さえてその懐中物を奪取しようとしたが、手を入れた箇所には懐中物が入っておらず、目的を遂げなかった。

【判旨】

25 通行人が懐中物を所持することは普通予想することができる事実であるからこれを奪取しようとする行為はその結果を発生する可能性を有するもので実害を生ずる危険があるから行為の当時偶被害者が懐中物を所持しなかったとしても強盗未遂犯の構成に何ら影響を及ぼすものでない。

V. 学説の検討

30 A 説：純粹主観説⁶

主観説は、主観主義的刑法理論に由来する学説であるということ、主観主義によれば迷信犯も処罰すべきであるのにこれを不能犯とするのは、すでに主観主義が貫徹しえないものであることを自認するものであることなどから、これを支持することも妥当でない。

よって、弁護側はA説を採用しない。

² 川端博『刑法総論講義 第2版』(成文堂、2006年)490頁以下。

³ 高橋則夫『刑法総論 第2版』(成文堂、2013年)389頁参照。

⁴ 山口厚『問題探究刑法総論』(有斐閣、1998年)217頁。

⁵ 山中敬一『刑法総論Ⅱ』(成文堂、2004年)788頁。

⁶ 大谷・前掲378頁。

C 説：客観説⁷

この説を徹底するとすべての未遂行為は結果発生の可能性を有しないことになり、およそ未遂犯は成立しえない。

よって検察側は C 説を採用しない。

5

D-1 説：仮定的事実説⁸

この説は、事後判断であると主張するが、「仮定的事実の存在」を判断している点で、その実は事前判断を了承するものである。また、仮定的事実が十分ありえたかどうかの判断がどのようになしうるのか、さらに根本的には、なぜ「仮定的事実」がありえたかが、不能犯の判断において重要なのが説明されていない。

10

よって検察側は D-1 説を採用しない。

D-2 説：客観的事後予測説⁹

この説は客観的な事情を元とした事前判断であることを認めているが、それが貫徹されているわけではない。

15

例えば、スリの事例において行為時に被害者が何か携行しているか否かという客観的事情は、事後に判明した事情を考慮しなければ判明しないものであり、事前の客観的判断からは判明しない。しかし、行為時の客観的事情とは行為時に存在するすべての事情であるとするならば、「財物を携行している可能性の高低」はそもそも問題とならず、「何かを携行しているか否か」のみが重要なはずであるから、行為時の客観的事情の判断を行うために事後に判明した事情についても考慮されていることとなる。

20

このように、本説は事前判断と事後判断を恣意的に使い分けている点に疑問がある。

よって、検察側は D-2 説を採用しない。

B 説(具体的危険説)¹⁰

25

一般人が、刑法によって禁止された行為を回避し、命令された行為をおこなおうとする点において、刑法は行為規範としての性格を有するものであるから、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。

また刑法は、国民に重要な法益が保護されているという「法的安心感」を与える役割を持つものであるから、危険の判断にあたっては一般人の見地においてなされるべきである。

30

よって、検察側は B 説を採用する。

VI. 本問の検討

1.(1) S が H を日本刀で突き刺した行為につき、殺人罪(199 条)が成立しないか。

35

(2) S は殺意をもって H の左右腹部、前胸部等という人体の枢要部を日本刀という刃渡りの長く鋭利で殺傷能力の高い刃物で突き刺しているの、死に至る現実的危険性を有しており、形式的には殺人

⁷ 高橋則夫・前掲 389 頁参照。

⁸ 山中敬一・前掲 698 頁。

⁹ 山中敬一・前掲 789 頁。

¹⁰ 福田平・大塚仁『演習刑法総論 初版』(青林書院新社、1983 年)245 頁以下。

罪の実行行為は認められるとも思える。

2.(1) もっとも、本件では H の死の結果は、S より先に行われた、T による銃撃行為から発生したものであるため、S の行為には実質的には死の結果発生の実質的危険性がないので、殺人罪の未遂の危険すらなく、不能犯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。

5 (2) この点、検察側は B 説を採用し、行為時に一般人が認識し得た事情、及び行為者が特に認識していた事情を基礎に、行為の時点に立って一般人が具体的に結果発生の実質的危険を感じるか否かで区別する。

10 (3) 本問では、H の死の結果は T によってもたらされたことが医学的には明らかであったにせよ、S は H がまだ生きてると信じていたことに加え、S は死因たる T の銃撃の後、50 メートルの距離を急行していることから、時間としては 10 秒ほどであると考えられ、死後間もない状況であることから、かかる状況下においては一般人もまた、その死亡を知り得なかったといえる。そうだとすると、一般人が S の加害行為により H が死亡するであろうとの危険を感じるであろうことは極めて当然であると言える。

15 また、この場合において、S の加害行為の寸前に H が死亡していたから、S の行為により死亡していなかったが、それは T の行為による意外の障害により予期の結果を生じさせることができなかつたにすぎず、行為の性質上死亡結果発生の実質的危険がないとは言えないから、S の所為は殺人の不能犯とするべきではなく、その未遂犯を成立させるべきである。

3. よって、S のかかる行為につき、殺人未遂罪(199 条,203 条)が成立する。

20 VII. 結論

S は殺人未遂罪(199 条,203 条)の罪責を負う。

以上