

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側レジュメ 1 頁 39 行目「行為当時、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」とはどのように判断されるのか。また、一般人とはどのような一般人をいうのか。
2. 検察側レジュメ 2 頁 35～36 行目において「構成要件とは...判断すべきである。」としていながら、行為者が特に認識していた事情を危険性判断の一要素としているのはなぜか。
- 10 3. 検察側レジュメ 3 頁 9 行目において述べられている「社会一般の目から見た類型的危険性」とはどういった類型のものか。
4. 検察側のとる具体的危険説に立つと、例えば一般人ならすぐに塩とわかるものを行為者は毒物だと思って飲ませた行為につき危険性があるといえるか。また、そのように判断される理由は何か。

15

II. 学説の検討

A 説(具体的危険説)について

本説を取ると、一般人が認識し得た事情および行為者が特に知っている事情のみを判断資料とすることになる。

- 20 しかし、「一般人の認識し得た事情」を判断資料にすると、一般人が認識可能な事実でなければその事実は存在しなかったものとして判断資料から除外されてしまうことになるが、これでは危険を抽象的に判断することになりかねない。

また、「行為者が特に認識した事情」を判断資料に入れるとすると、行為者が事情を知っているかどうかで危険性に差が生じることになるが、これは危険概念を不合理に主観化する

25

よって弁護側は A 説を採用しない。

B 説(客観的危険説)について

未遂犯の処罰根拠が結果発生の具体的危険にあるとすれば、可罰的未遂か不可罰な不能

30

よって、弁護側は B 説を採用する。

C 説(修正された客観的危険説)について

- 35 科学的一般人の見地から不能犯と未遂犯の区別をつける本説は、その「科学的一般人」たる判断基準が具体的危険説の採る「一般人の見地」と同様に曖昧である。また、本説は

存在しなかった事実の存在可能性つまり仮定的事実の可能性を考慮するが、客体の存在に関してのみこれを拒否するという限定的基準が理由のあるものであるかどうかについては疑問が残る。

よって、弁護側はC説を採用しない。

5

Ⅲ 本問の検討

第一 小問(1)について

1. Xの罪責

10 本件においてXがAを小刀で突き刺した時点においてAは死亡していたのであるからXの行為とAの死亡結果との間には因果関係は存在せず、殺人既遂罪(199条)が成立する余地はない。しかし、実行行為が構成要件の結果を発生させる現実的危険性を有する行為と定義づけられる以上、実行行為性について別途判断し、未遂犯の成否の検討をなお要する。そこでXに殺人未遂罪(199条、203条)が成立しないか。

15 (1)未遂犯の処罰根拠は、構成要件の結果発生 of 現実的危険性を発生させた点にあるところ、かかる危険性についてどのように判断すべきか。

ア.かかる危険性につき弁護側は客観的危険説を採用する。具体的には、行為者が行為を行った時点を時的な基準、科学的一般人を客観的な基準とし、行為者の行為によって構成要件の結果が発生し得たかによって判断する。

20 イ.本件においてXは刃渡り12センチメートルの小刀を用いて、Aの両脇腹を突き刺しているものの、その時点において既にAは死亡しているのであるから、科学的見地からしてXの行為によって既に死亡しているAの死亡結果を発生させることは不可能である。したがって、Xの行為は人を死亡させる現実的危険性を有する行為とは言えず、実行行為性が否定されるため、Xに殺人未遂罪(199条、203条)は成立しない。

25 (2)しかし、本件においてXは殺人の意思をもって、客観的には死体を損壊するという結果を発生させているため、Xに死体損壊罪(190条)が成立しないか。

30 ア.故意責任の本質は規範に直面し反対動機が形成できたのにもかかわらず、あえて犯罪行為に出たことに対する道義的非難である。そして、犯罪事実は構成要件として類型化されているから、別の犯罪を実現した場合であっても、構成要件に重なり合いが認められる範囲で反対動機の形成は可能であり、その範囲で故意犯の責任を問いえる。そして、その重なり合いは保護法益を主な要素とし、行為態様を補助的に考慮する。

イ.殺人罪の保護法益は人の生命であり、死体損壊罪の保護法益は国民の宗教的感情であるから、保護法益の重なり合いが認められない。したがって、両罪は構成要件的に重なり合っているとはいえず、Xに死体損壊罪(190条)は成立しない。

(3)Xは何らの罪責も負わない。

35

第二 問(3)について

1 B が甲に対し、馬乗りになって甲の体を包丁で 100 回程突き刺した行為につき殺人罪(199 条)が成立しないか。

5 (1) B はかかる行為によって甲を失血死させており、また失神している同人に対して馬乗りになって包丁を突き刺していることから、死という結果に対する認識、認容もあり故意(38 条 1 項本文)も認められるため殺人罪(199 条)が成立するように思える。

(2) もっとも、本問で B は甲を無我夢中で突き刺している際、甲への恨みからくる感情の爆発に加えて、甲の出血を目にしたことで情動性朦朧状態に陥っており心神喪失状態であった。この場合、「心神喪失」者の行為(39 条 1 項)により責任が阻却されないか。

10 ア この点、行為と責任の同時存在の原則からは実行行為時に心神喪失状態であったのならば犯罪不成立になりそうである。

イ もっとも、自ら責任無能力状態を作出しておきながら犯罪不成立となるのは不当である。故意責任の本質とは反対動機形成ができたにも関わらずあえて構成要件に該当する違法な行為に出たことに対する非難可能性にある。とすれば、かかる場合には行為と責任の

15 同時存在の原則の例外として考え、責任非難にとって重要なのは形式的に責任能力と実行行為とが同時に存在することではなく実行行為、すなわち結果行為が完全責任能力のある原因行為時の意思の実現といえる場合には責任非難の時点の原因行為時に遡らせ完全責任能力を問うことができるものと解する。そこで、行為と責任の同時存在の原則を修正する必要が出てくる。具体的には、①自由な意思決定に基づく原因行為があり、②原因行為と

20 結果行為との間に因果関係があり、なおかつ③原因行為時の故意が結果行為の時点でも継続しているといえれば自由な意思決定に基づき結果行為がなされたといえるため、完全責任能力を問えるものと解する。

ウ 本問において、B が心神喪失状態に陥り、甲に対し馬乗り状態でナイフを突き刺し始めた行為はそれ以前に B が甲に対し、包丁で上体左側部分を数回突き刺した行為に起因する

25 ため、かかる行為が原因行為である。また当該行為は B の自由意思の下で行われている(①充足)。次に、かかる行為がなければ甲が失神し、抵抗しえない状況で馬乗りになって包丁で突き刺すこともできなかつたと考えられるため、原因行為と結果行為の間に因果関係が認められる(②充足)。

そして、包丁という、鋭利かつ硬質な危険な道具で心臓等の重要臓器が位置する枢要部

30 たる上体左側部分を数回突き刺したことから、また B は甲からの暴行を避け、一旦安全な領域まで逃げた後、甲への恨みから当該行動にでていたことからも甲に対する殺意をもっていたと推定することができる。かかる B の殺意は馬乗りになって包丁で突き刺した結果行為時点で一層強固なものになっており、原因行為時の故意が結果行為の時点でも継続していたといえることができる(③充足)。

35 (3)以上より、B に対しては自由な意思決定に基づき結果行為がなされたといえるため完全責任能力を問うことができ、心神喪失者の行為(39 条 1 項)により責任は阻却されない。

3 以上より、Bが甲に対し、馬乗りになって甲の体を包丁で100回程突き刺した行為につき殺人罪(199条)が成立する。

IV. 結論

- 5 問(1)について、Xは何ら罪責を負わない。
問(3)について、Bは殺人罪(199条)の罪責を負う。

以上