

I. 事実の概要

- 5 (1) X および Y は暴力団 P 組組員であるが同組一派の首領 A に対して反感を持っていた。
ある日の夜 X は P 組事務所の近くの自宅で飲酒していた。X は A のことを考えながら飲酒しているうちに A に対する怒りをつのらせ、A を殺そうと決意して勢いをつけるため過度に飲酒し、刃体の長さ 12 cm の小刀を携え、事務所へ向かった。
X が事務所の前に着くと、そこでたまたま Y と A が口論しており、A が Y を殴打した。
- 10 それに対して Y は事務所前道路上において、A 目がけて拳銃を数発発射した。そして弾丸が命中し A はその場に倒れた。
X は倒れている A に対し、止めを刺そうと即座に A の左右腹部等を小刀で突き刺した(本件行為とする)。
なお本件行為当時 X は病的酩酊状態で是非分別能力が著しく減退した状態に陥っていた。
- 15 また、鑑定の結果、A の死因は Y の第 2 弾によるものであり X が本件行為をする際には A は既に死亡していた。
- (2) 甲と B は夫婦であった。甲は酒を飲むと病的酩酊の状態に陥り他人に危害を加える性癖の持ち主であった。ある日甲は自宅で今回は大丈夫だろうと思い飲酒したところ、病的酩酊による心神喪失状態に陥り、その状態で B に暴行を加え傷害を負わせた。
- 20 (3) (2) の事案において、B は甲が攻撃してくる隙をみて逃走し一旦は安全な領域まで逃げた。しかし日頃から暴力を振るわれていた甲への恨みを思い出し、台所から包丁をとって、甲の元へ戻り、暴れている甲に対し包丁で上体左側部分を力任せに数回突き刺した。甲は失神して倒れた。さらに B は甲の体に馬乗りになると甲の体の様々な部位を無我夢中で 100 回ほど突き刺し、失血死させた。なお、B は無我夢中で突き刺しているうちに、甲への恨み
- 25 からくる感情の爆発に加え、甲の出血を目にしたこともあり、甲の身体に馬乗りになって突き刺し始めて以降は、精神的に極度に興奮した情動生朦朧状態(血の酩酊状態)に陥っており心神喪失状態であった。

30 それぞれの設問について、X、甲及び B の罪責を論ぜよ。なおそれぞれは独立した問いである。

II. 問題の所在

- 1 不能犯と未遂犯を区別する基準とは何か。
2 原因行為において完全な責任能力があった行為について、結果行為につき責任能力が低下していたとしても責任を肯定できるか。
- 35

III. 学説の状況

A 説(具体的危険説)について

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を判断の基礎と

し、一般人の立場から危険の感じない場合を不能犯、そうでない場合を未遂犯とする説。

B 説(客観的危険説)

5 行為者や一般常識人にとっての認識可能性の有無を問わず、事後的に判明した行為時の客観的事情も考慮に入れて行為の危険性の有無を判定しようとする説¹。

C 説(修正された客観的危険説)

10 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定しようとする説²。

IV. 判例(裁判例)

福岡高判昭和 28 年 11 月 10 日判決。高等裁判所刑事判決特報 26 号 58 頁。

[事実の概要]

15 被告人が公務執行妨害の嫌疑で緊急逮捕される際に逃走を試み、勤務中の警官から拳銃を奪いとりその脇腹に銃口を当てて射殺しようとしたところ、たまたま実弾が装填されていなかった事例。

[判旨]

20 「制服を着用した警察官が勤務中、右腰に装着している拳銃には、常時たまが装てんされているべきものであることは一般社会に認められていることであるから、勤務中の警察官から右拳銃を奪取し、苟も殺害の目的で、これを人に向けて発射するためその引鉄を引く行為は、その殺害の結果を発生する可能性を有するものであつて実害を生ずる危険があるので右行為の当時、たまたまその拳銃にたまが装てんされていなかったとしても、殺人未遂罪の成立に影響なく、これを以て不能犯ということはできない」

25 [引用の趣旨]

一般社会に認められる事情及び結果発生の危険性から未遂罪の成立を肯定している本判決は、判断の基礎を、行為当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に求める A 説を採用するにあたり、有用な資料である。

30 V. 学説の検討

A 説(具体的危険説)について

不能犯が不処罰とされる根拠は、法益侵害ないし構成要件の実現に至る現実的危険性を欠いた点に求められる故、不能犯と未遂犯の区別は結果発生の危険性の有無に求められると考えられる。

35 そして、構成要件とは一般人への行為規範であるから、かかる結果発生の危険性の有無は一般人の視点から判断すべきである。

よって検察側は A 説を採用する。

¹ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008年)414頁。

² 前掲・井田 415頁。

B 説(客観的危険説)について

事後的に判明した行為時の客観的事情を無限定に考慮するとき、結果の不発生には常に何らかの客観的理由がある以上、結果が発生しなかったからには行為は危険ではなかったということになり、すべて不能犯になりかねない。

5 よって、検察側は B 説を採用しない。

C 説(修正された客観的危険説)について

この見解は、科学的危険性を中心に考えようとするが、法益侵害の現実的危険性は構成要件該当性の問題として、社会一般の目からみた類型的危険性を意味すると解するべきであり、妥当ではない。

10 よって、検察側は C 説を採用しない。

VI. 本問の検討

第1 問(1)について

15 1. X の A に対する本件行為について殺人既遂罪(刑法[以下省略]199 条)が成立するか。

(1) X は、A の左右腹部等に小刀を数回突き刺し、実行に着手している。また、A は死亡している。しかし、A の死因は Y の第 2 弾であり、本件行為時にはすでに死亡している。つまり殺人既遂罪は成立しない。

2. では、殺人未遂罪(203 条、199 条)は成立するか。

20 (1) 未遂罪の処罰根拠は、構成要件の結果を惹起する具体的危険性にあるから、この具体的危険が実行行為に内在すれば未遂罪となる。

(2) また構成要件とは一般人への行為規範であるから、かかる結果発生の危険性の有無は一般人の視点から判断すべきである。

25 (3) つまり、行為当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判断の基礎とし、一般人の立場から危険を感じる場合は未遂犯とする。

(4) 本件において、本件行為当時、刃体 12cm という殺傷能力の強い小刀を使い、腹部等の身体の中枢部分に数回も突き刺している。また、Y の撃った弾丸が命中して A は倒れており、容易に A を殺害できる状況にあった。この 2 点が一般人が認識し得る事情である。さらに、行為者 X は倒れた A に対し即座に止めを刺そうとしたということは、X は A が完全

30 (5) 以上の事情を基礎とすると、一般人の立場から容易に A を容易に死に至らしめる具体的危険があるというほかない。

(6) つまり、殺人未遂罪の構成要件該当性は充足される。また違法性阻却事由もない。

35 (7) ただし、本件行為時 X は病的酩酊状態であり是非分別能力が著しく衰退していた状態であった。そうすると、責任能力の同時存在の原則に反し、X に完全な責任を問えなくなるのではないともいえる。しかし、責任能力が要求されるのは、責任能力のある状態での意思決定に基づき犯罪を実行したときに初めて非難可能であるからである。とするならば、責任能力がある状態のもとでの自由な意思決定に基づく原因行為があり、それに基づいて結果行為が行われれば結果行為について非難可能である。具体的には、故意犯の場合には、

①原因行為と実行行為(結果行為)との間に相当因果関係があり、②責任能力のある原因行為時に犯罪実行の故意(38条1項本文)があり、③その故意が、構成要件に該当し、かつ違法な実行行為時にまで持続していれば完全な責任を問える。

5 (8) 本件において、原因行為は過度に飲酒した行為である。①について、過度の飲酒はAの殺害を勢いづけるために行ったもので、相当因果関係がある。②について、原因行為時にAへの殺意があった。③について、その殺意は殺人罪の構成要件に該当し、かつ本件行為時に倒れたAに即座に小刀を突き刺した故に、本件行為時まで殺意は継続していたといえる。よって、①～③まで充足し、責任故意は阻却されない。

(9) したがって、Xは殺人未遂罪の罪責を負う。

10 第2問(2)について

1. 甲のBに対する暴行について過失傷害罪(209条1項)が成立するか。

2. 過失傷害罪の構成要件は、「過失により」「人を傷害したこと」である。

15 3. 「過失」について、たとえ法益侵害の結果が発生しても、社会通念上要求されている行為をしたのであれば、違法性はないはずである。そこで、過失は違法性を類型化した構成要件で検討すべきである。具体的には結果予見可能性を前提とした結果回避義務違反があれば、「過失」があったことになると解する。

20 4. 本件において、甲は酒を飲むと病的酩酊の状態に陥り他人に危害を加える性癖を持っていることを自覚していることから、甲には飲酒行為の時点で既に暴行・傷害についての結果予見可能性がある。また、心身喪失状態に陥り、その状態で他人に危害を加えないよう飲酒を控えるべき結果回避義務があった。甲の飲酒行為はこの結果回避義務に反する結果回避義務違反である。よって、甲に「過失」が認められる。

5. そして、Bは「傷害」を負い、甲の「過失」と「傷害」に因果関係は認められる。また違法性阻却事由はない。

6. したがって、甲は過失傷害罪の罪責を負う。

25

VII. 結論

問(1)について、Xは殺人未遂罪(203条、199条)の罪責を負う。

問(2)について、甲は過失傷害罪(209条1項)の罪責を負う。

以上