

2025年度 大学院 法学研究科 博士前期課程 入学試験

(一般入学選考 2月)

2時限目 B 専門科目または外国語

刑事法 試験問題

受験番号	氏名

次の事案を読んで、以下の問いに答えなさい。

甲と乙は、いずれも暴力団A組の組員であった。両名は、かねてよりA組の幹部B（28歳）に対し不快の念を抱いていた。

甲は、犯行当日午後8時頃、B方にA組会長Cの荷物をとりに行き、Bの車でA組事務所前まで送ってもらった。同車を降りるにあたって、甲はBに対し「た一坊すまんかったのお」と声をかけたところ、Bから「ちんぴらが何を言うか。甲斐性があるならかかってこい」と言われて左こめかみを一回手拳で殴られた。甲は、このことに憤激して、吐嗟にBを殺害しようと決意し、事務所の玄関上り口に置いてあった拳銃を持ち出し、午後8時30分頃、事務所前道路上において車から降りて逃げ出そうとするBを目がけて拳銃を1発発射した。弾丸は、Bの左側胸部に命中し、胸腹部を貫通して右上腕にまで達し、Bは、銃創を負ったものの、なおも必死に甲から逃亡しようとした。甲は、逃げようとするBを追跡して、同所から約30m離れた歯科医院前に逃げ込んだBに対してさらに拳銃を2発続けて発射し、弾丸は、同人の左こめかみと背部にそれぞれ命中した。これによって、Bは、頭部貫通銃創、背部貫通銃創を負い、間もなく同所において死亡した。

乙は、当時事務所にいたが、拳銃の発射音を聞くと即座にBに対する憤怒の情が発し、玄関の下駄箱裏に置いてあった日本刀一振（刃渡り約60cm）を携えて医院前に走り寄り、同所に上向きに倒れていたBの左右腹部、右前腕部、前胸部に日本刀を突き刺した。乙は、Bがまだ存命であると考えて攻撃に及んでおり、その攻撃も、Bの背面に達する上腹部刺創2か所ならびに前胸部切創、右前腕部刺創各1か所を負わせるものであったが、鑑定によれば、Bの死因は、医院前で加えられた第二弾による頭部貫通銃創であり、その後受傷した刺・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られないから、これら創傷の加えられたときには同人は死に一步踏み入っ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られた。

乙の罪責について、以下の二つの論点に触れながらこれを論じなさい。ただし特別法違反の罪並びに甲・乙の間の共犯関係の有無については論じなくてよい。

- 錯誤
- 未遂

## 解答例

近畿大学大学院法学研究科 ( 博士前期 ) 課程

2025年度入試 ( 2 ) 月期 <2024年度実施>

( 一般 ) 入学選考

( B 専門科目または外国語 )

科目名 ( 刑 事 法 )

本設題については、結果発生の可能性がない未遂類型の可罰性(いわゆる不能犯;被害者が生きているものと誤信してその死体を損壊した事例における殺人未遂罪の擬律の当否)が主たる論点となる。不能犯をめぐる学説は、客観的に結果発生の可能性がない場合は不能犯であるとして処罰を否定する客観的危険説と、行為者が知っていた事実と一般人が知り得た事実を評価の基底に置いて一般人が結果発生危険性を知覚する場合障害未遂が成立し可罰的であるとする具体的危険説が対立するほか、著名な硫黄殺害事件(大審院大正6年9月10日判決大審院刑事判決録23輯999頁)や空気注射殺人未遂事件(最高裁判所第二小法廷昭和37年3月23日判決最高裁判所刑事判例集第16巻3号305頁)において用いられたとされる絶対的不能・相対的不能区別説も評価の外に置くべきではなかろう。最高裁判例ではないが、空砲殺人未遂事件(福岡高等裁判所昭和28年11月10日判決高等裁判所刑事判決特報26号58頁)で裁判所は、具体的危険説類似の判断を示していることも検討に加えるべきであろう。いずれの見解に立つかは、解答者の任意であるが、事案を正確に読み込み、学説・判例の立場に照らして不能犯の成否を論ずることが求められる。

本設題では、不能犯の成否とは別に、行為者が被害者について生きているものと主観的に表象したことと、実際には犯行に先立つ時点で被害者は既に死亡していたという客観的に存在した事実が異なっていることから、事実の錯誤(構成要件的錯誤)も付随的に論点となろう。ここでは、主観的表象に対応する構成要件(殺人罪)と客観的事実に対応する構成要件(死体損壊罪)とが異なっている抽象的事実の錯誤が問題となることを示したうえで、この種の錯誤に関する学説を整理し、これに基づいて事案を評価することも必要となる。

本試験では割愛し、解答の必要はない論点であるが、実際に乙の罪を考察するときは、殺人未遂罪等が成立するとした場合、特別刑法(銃砲刀剣類所持等取締法)違反の罪が成立することは明らかであるから、同罪との罪数処理も検討事項に加えなくてはならない。さらに、事案(並びに上掲判決認定事実)からは明確に読み取れないものの、甲乙間に明示または黙示の意思連絡がないとしても、甲と同様Bを快く思っていなかった乙が、甲の殺害行為を確実にするため一方的に甲の犯行に加功したと捉える余地があることを取り上げれば、片面的な共犯加功についてもいったんは検討が必要となろう。

本試験が依拠した広島高等裁判所は、「Bの生死については専門家の間においても見解が岐れる程医学的にも生死の限界が微妙な案件であるから、単に被告人乙が加害当時被害者の生存を信じていたというだけでなく、一般人も亦当時その死亡を知り得なかつたであろうこと、従つて又被告人乙の前記のような加害行為によりBが死亡するであろうとの危険を感じるであろうことはいづれも極めて当然というべく、かかる場合において被告人乙の加害行為の寸前にBが死亡していたとしても、それは意外の障害により予期の結果を生ぜしめ得なかつたに止り、行為の性質上結果発生危険がないとは云えないから、同被告人の所為は殺人の不能犯と解すべきでなく、その未遂罪を以て論ずるのが相当である。」と判断していることも答案作成の上で参考になろう。これに対して同判決が破棄した原審判決(山口地方裁判所昭和34年7月8日判決)は、殺人罪の成立を認めたが、被害者の死亡を甲が加えた銃創と乙が加えた刺傷によるものという異なった事実認定に基づくものであることに注意が必要である(但し、一審判決は現時点で公開されておらず、控訴審判決の判示から推測したものである)。

## 出題意図

近畿大学大学院法学研究科 ( 博士前期 ) 課程

2025年度入試 ( 2 ) 月期 <2024年度実施>

( 一 般 ) 入学選考

( B 専門科目または外国語 )

科目名 ( 刑 事 法 )

広島高等裁判所昭和36年7月10日判決(判例タイムズ121号136頁)において認定された事実関係を翻案した事実関係に基づき、刑法総論の知識を問う出題である。本判決は、死体に対して致命的攻撃が加えられたいわゆる不能犯事例のリーディングケースの一つであり、下級審判例であるとはいえ、判例百選においても数次にわたり評釈に取り上げられた著名な判決例である。

不能犯は、およそ結果が発生する可能性がない犯行であり、日本ではその可罰性が否定されることに争いはない。しかし、不能犯が不可罰とされる根拠をめぐっては、未遂の処罰根拠をめぐると同様の争いがあり、これに加えて、不可罰である不能犯と可罰的な〔障害〕未遂の区別をめぐっても、学説に大きな争いがある。

不能犯の成否とは別に、行為者が被害者について生きているものと主観的に表象したことと、実際には攻撃に先立つ時点で被害者は既に死亡していたという客観的に存在した事実が異なっていることも、いわゆる事実の錯誤(構成要件の錯誤)として付随的に検討課題となる。

本試験では割愛したが、殺人未遂罪等が成立するとした場合、特別刑法(銃砲刀剣類所持等取締法)違反の罪が成立することは明らかであるから、同罪との罪数処理も検討しなくてはならないであろう。さらに、事案(並びに上掲判決認定事実)からは明確に読み取れないものの、甲乙間に明示または黙示の意思連絡がないとしても、甲と同様Bを快く思っていなかった乙が、甲の殺害行為を確実にするため一方的に甲の犯行に加功したと捉える余地があることを取り上げれば、片面的な共犯加功についても論点たり得ようか。

本試験は、以上の論点のうち、(1) 事実の錯誤について、主観的表象に対応する構成要件と客観的事実に対応する構成要件とが異なっている抽象的事実の錯誤に関する学説を適切に理解し、これに基づいて事案を評価できているか; (2) 不能犯について、未遂犯の処罰根拠をめぐると同様の学説に由来する不能犯に関する学説・判例を適切に理解し、これに基づいて事案を評価できているかを評価の対象とするものである。