

課題

指定テキスト「第 8 章 未遂犯 I 予備・陰謀・共謀と未遂 II 未遂犯」と ToyoNetAce の掲示板にアップロードした「第 10 回講義：授業資料」を熟読して、以下の事例問題に取り組みなさい。解答の作成に当たっては、【論述方法】に従うこと。従わない場合は採点の対象としない。また、見出しをつけること。つけない場合は減点とする。

レポート

1. 想定される罪状

現実的に甲が死亡する危険性を惹起していないので、殺人予備罪が妥当であるとする

2. 未遂処罰の根拠

刑法における未遂の処罰根拠は主観主義刑法理論と客観主義刑法理論が、対立してきたところである。主観的未遂論は、未遂は犯罪意思ないし性格の危険性を処罰するためのものであると説明するのに対し、客観的未遂論は、法益侵害または犯罪の結果を発生する危険性に処罰根拠を求めるのである。現行法の解釈としては、客観的未遂論が適応する。

3. 実行の着手の意義

実行の着手の意義については、a 犯罪意思が明確に外部に現れた時とする主観説、b 構成要件の 1 部の実行を開始したとき、もしくは構成要件に属する行為に近接密接する行為、または行為の犯罪計画上、構成要件的行为の直前に位置する行為を開始したときとする形式的客観説、c 構成要件を実現する現実的危険を惹起する行為を開始したときとする実質的客観説、d 実行行為と結果を分け、単に実行に着手しただけでは未遂とならず、既遂の具体的危険が発生した時に未遂となるとする結果犯説が対立している。

「実行に着手した」とは、実行行為の 1 部を行ったという意味に他ならないから、実行の着手は、「実行行為とは何か」という問題に還元して考えなければならないのは当然である。そして、実行行為はその行為をとると経験則上当該構成要件が予定している法益侵害の現実的危険性を惹起する行為と考えるべきである。しかも、未遂犯の処罰根拠を構成要件の実現ないし結果発生 of 現実的危険の惹起に求める以上、実行の着手はその現実的危険を惹起せしめたということをいうと解するべきであり、c 説が妥当である。

4. 間接正犯における実行の着手時期

間接正犯における実行の着手時期は、a 利用者が被利用者を犯罪に誘致する行為を開始した時期とする利用者標準説、b 被利用者が実行行為を開始した時点とする被利用者標準説、c 構成要件的结果発生 of 現実的危険を惹起した時期とする個別仮説が対立している。

利用者が被利用者の行為を道具として利用する場合でも、利用行為の開始が構成要件的结果発生の現実的危険を常に惹起するわけではないから、利用者の行為が結果発生の現実的危険を惹起した時に実行の着手があると解すべきであり、c 説が妥当である。

5. 結論

4. の c 説から考えると毒薬を準備しそれを A が X に注射を行うように指示しただけでは現実的に甲が死亡する危険性を惹起していないので、殺人予備罪が妥当であると考ええる。