

## 1 演習問題を解くにあたって

演習問題を解くにあたっては、各論点をめぐる判例及び学説の動向を検討することになる。その際に注意すべき点について、触れておきたい。

### (1) 判例と学説の関係

#### ①判例の特性

判例は、個別事件に対する判断である。類似事案の判断を並べてみることで、判例の大きな傾向を見て取ることはできるが、そこに一貫した理論的体系が存在するわけではない点に留意すべきである。

また、裁判所の使命は、目の前にある紛争の合理的解決であるという点にも注意が必要である。それ故、判例においては、どうしても具体的結論の妥当性が重視され、場合によっては、刑法の基本原則と抵触しうる事態すら生じうる。

例えば、鯉流出事件（大判明治 44・2・27 刑録 17 輯 197 頁）において、大審院は、他人の養魚池の鯉約 2800 匹を流出させた事案で、「其鯉魚を流出せしめたる行為は刑法第 261 条に所謂物の傷害なること論を俟た」ないとして、動物傷害罪（261 条）の成立を肯定した。

しかしながら、本事件において、鯉は養魚池から流出しただけで、傷害を負っているわけではない。罪刑法定主義に忠実な解釈をするならば、ここに傷害結果は存在せず、動物傷害罪は不成立となるはずである。

具体的結論の妥当性という点からは、本事件でも、鯉を逃がされてしまえば、所有権者による目的物の利用が妨害される以上、毀棄罪として処罰すべきとする方向性も首肯できるが、刑法の基本原則の 1 つである、罪刑法定主義からは乖離することになる。

#### ②判例と学説の関係

以上のような判例の傾向を前に、学説はどうあるべきか。判例に対する学説の意義については、大きく分けて、2 つの考え方がある。

1 つは、出された判例はひとまず妥当性を有するものと考えて、これを体系化し、その理論的基礎を探求していこうとする流れである。この立場は、判例と学説の実践的協働を目指し、将来の判例予測をも志向するものである。

もう 1 つは、判例も当然のことながら、批判的検討の対象としなければならない、刑法の基本原則に照らし、理論的一貫性を有しているかどうか等、精査すべきとする流れである。

上述した、鯉流出事件との関連でいえば、毀棄概念に関する、効用侵害説（判例・通説）と物理的損壊説（有力説）の対立等が参考になるであろう。

### (2) 学説の背景にあるもの

上述のように、具体的結論の妥当性を重視するか、刑法の基本原則ないし理論的一貫性

を重視するかによって、学説は対立しうる。各論点でよく見られるように、両者の間を取る、折衷説も主張されうる。

より大きな視点で捉えるならば、学説の対立の背後には、刑法に何を求めるかといった基本的な態度決定が存在する。即ち、刑罰賦課にはデメリットも伴うことを念頭に、刑罰権の行使は補充的かつ謙抑的であるべきと考えるか、刑法を社会秩序維持のための有効な手段と捉え、処罰の必要性の高い行為は積極的に処罰すべきと考えるかである。この根本的な差異が、総論及び各論の論点の解釈に少なからず影響を及ぼしている。

以上のように、判例・学説の対立には、さまざまな理由や背景が存在する。各論点で展開されている多様な学説を検討するに際して、上記の点に留意されたい。

## 2 「ステップアップ」を検討するに際して

### (1) Xの毒薬投入とYの毒薬塗布との間に時間的先後関係があった場合

択一的競合の事例で、両者の行為に時間的先後関係が存する場合には、先行する行為のみが結果に対して条件関係を有すると解する論者（中山研一『刑法総論』176頁）もいる。この立場によれば、仮に、**設問(1)**において、Xの投毒行為がYの投毒行為よりも時間的に早くなされていた場合には、Xの投毒行為後になされるYの投毒行為は、Oの死亡結果の発生にとって無用であって、Xの投毒行為のみがOの死亡と条件関係を有することになる。

ここで問題となるのは、条件関係の存否を検討する際に、時間的先後関係がどこまで意味をもつのかである。結局、Xが投毒しなくても、Yの投毒によってOの死亡結果が発生し、その逆もいえるとすれば、この場合の時間的先後関係が解釈論上の差異をもたらすことはないとも考えられる（浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』143頁）。

### (2) 両者の毒薬の投与量に差がある場合

毒の投与量が致死量より大幅に少ない場合、そもそも未遂犯すら成立しない可能性がある。ここで問題となるのは、未遂犯と不能犯の限界である。

なお、未遂犯と不能犯の区別の点は、**設問(2)**の場合にも問われうる。致死量50%の毒で被害者が死亡する客観的危険はおよそないといえるのであれば、不能犯の理解次第では、未遂犯の成立も否定されうる。

これ以外にも、**設問(1)**の事例で、X・Yの投毒がそれぞれ致死量の100%ではなく200%であった場合や、**設問(2)**の事例で、X・Yの投毒がそれぞれ致死量の50%ではなく90%であった場合に結論が異なるかどうかといった点など、検討してみたい。