

一．反対尋問

1. 学説の検討(1)について、A説にたつと、中止犯の刑の必要的減免の根拠、着手未遂の要件は何か。
2. 学説の検討(1)について、本件は第1行為が未遂犯であるが、A説からは、第1行為が未遂犯の場合に限られるのか。

二．立論

．学説の検討

1. 早すぎた構成要件の実現について

(1) <行為の個数の判断方法> 一つの行為とは、法的評価を離れ構成要件の観点から捨象した自然的観察のもと、行為者の動態が社会的見解上一個のものとして評価をうける場合をいう¹。社会的に意味ある態度かは、行為者の意思と結果を考慮して初めて判断することが可能となる。

(2) <故意の内容> A説は、未遂構成要件と既遂構成要件とが結果発生の有無という客観的な側面の違いしかないとした上で、結果が発生したことをもって既遂犯の成立を認める。しかし、修正された構成要件である未遂犯が、何を修正しているかを検討すべきである。

例えば、アタリ行為でなく窃取の意思でポケットの外側に触れる行為のように、未遂犯の構成要件については、本来の既遂犯の構成要件該当行為よりも前の段階で構成要件該当性を認めるべきである。これを逆にいえば、実行の着手があったとしても、いまだ本来の既遂犯の構成要件は充足していない。

つまり、既遂犯の実行行為は、結果を発生させるために行為者はもはやそれ以上別の行為を行う必要がないような行為(手放し行為)でなければならない。よって、未遂犯と既遂犯の構成要件は必ずしも一致しないのだから、故意とは構成要件該当事実の認識だという一般的理解からすれば、未遂犯と既遂犯は故意が異なるということになる。

弁護側はB説に立ち、故意には、構成要件の結果の認識と、実行行為の性質の認識という2つの要素が必要であると解する。実行行為の性質の認識については、抽象的危険に至るものとの認識、具体的危険に至るものとの認識、危険の実現に至るものとの認識というように段階があり、それぞれ、予備故意、未遂故意、既遂故意といえることができる。²

たとえば、ピストルで殺害しようと決意し、被害者を前にしてピストルの掃除をしていたら暴発し被害者に命中し死亡した場合、の認識しかないが、客観的にはの事実が発生している。予備の故意で既遂結果が発生したのであり、殺人予備罪(201、199条)しか成立しない。

2. 因果関係の錯誤について

(1) 因果関係が構成要件要素であることを否定しえない以上、それを故意の認識対象から除外するのは、構成要件事実であっても認識・予見が必要なものを法文上の根拠なく肯定することであり、妥当でない。

(2) そこで、因果関係の錯誤は、相当因果関係の範囲内において、行為者の予見した因果の経過と、具体的に発生した因果の経過とが一致していれば、具体的な点についての因果関係の錯誤は故意を阻却しないと解する。説に立つが、常に故意を阻却するわけではない。³

(3) もっとも、因果関係の錯誤の場合、行為者はまさにこの行為から直接に結果が発生する(手放し行為である)と認識している。さらに、方法の錯誤や抽象的事実の錯誤の場合も、自己の行為から直接にこれ以上別の行為を行わなくても結果は発生すると思っている。⁴

学説の検討(1)は法定的符号説の思考をすべきと批判するが、事実の錯誤と同視すべきでないから、思考方法を同じくする必要はない。

．本問の検討

1. 行為の個数 XはYの後ろから多量のクロロホルムを染み込ませたタオルを鼻口部に押し当ててYの意識を失わせ、その手順を踏んでからYを溺死させる、との計画であった。そして呼吸停止による死という結果は、海中に沈めた行為ではなく、クロロホルム吸引行為から独立に発生した結果であることがわかっている。Xの計画、結果より、第1行為と第2行為は別個の行為である。

2. 故意の内容 第1行為について、殺人罪(199条)の実行の着手がある点は同意する。もっとも、本件では、普通気絶させる目的には用いないクロロホルムをわざわざ使っている点で、死の結果が実現するという認識はなく、との認識しかないといえるところ、Yの死という事実が発生したのであるから、未遂の故意で既遂結果が発生したのであり、未遂構成要件と既遂構成要件との間の錯誤があり、38条2項により、殺人未遂罪(203、199条)の成立が認められる。

また、クロロホルムを長時間嗅がせてしまうという「重大な過失」によりYを死亡させたので、第1行為は重過失致死罪(211条1項後段)も成立するものの、殺人未遂罪に包括一罪として吸収される。第2行為について、XがYを海中に転落させて沈めた行為は殺人罪の実行行為にあたる。死因は第1行為なので第2行為からは結果が発生しておらず、殺人未遂罪が成立するものの、第1行為の殺人未遂罪に吸収される。

3. 因果関係の錯誤 なお、Xは第一行為の時点で第2行為を予定しており、結果を発生させるためには、さらに別の行為を行う必要があると思っている。よって、一般の因果関係の錯誤とは典型的に異なるから、検討しない。

．結論 Xは殺人未遂罪(203、199条)の罪責を負う。

以上

¹ 最大判昭和49・5・29刑集28巻4号114頁

² 高橋則夫『規範論と刑法解釈論』(2007)成文堂72~74頁

³ 福田平『全訂刑法総論〔第3版増補〕』(2001)有斐閣116頁

⁴ 林幹人「早過ぎた結果の発生」判例時報1869号6頁