

I. 反対尋問

1. 第一行為と第二行為を一連と見るか。
2. 実行の着手における構成要件の結果発生の実現的危険性の判断は、行為者基準か、一般人基準か。
3. 既遂の故意と未遂の故意は別か。

II. 学説の検討

1. 第一行為に実行の着手が認められるか

検察側は実行の着手時期についてC説を採る見解に立つが、この説に立つと第一行為の後行為者が眠り込んだような場合にも殺人未遂罪が成立することになり妥当でない。また、どの構成要件の結果の実現的危険性を惹起する行為に該当するかが確定しない点も妥当でない。

思うに、未遂犯の処罰根拠は、行為者の危険な意思である。¹とすれば、行為者の犯罪的意思すなわち故意の存在を認識させることの外部的行為がなされた場合を標準とし、故意が外部的行為によって確定的に認められるとき、故意の飛躍的表動があるとき、故意の存在が二義を許さず一義的に認められる行為のある時、故意の存在が取消し不可能な行為のあるときに実行の着手がある²とするA説が妥当であると解する。

2. 第一行為時に既遂犯の故意が認められるか

検察側は結果発生の実現的危険を基礎づける事実を認識していれば、既遂犯の故意を認めてもよいとするα説に立つが、この説は、未遂処罰の必要という実質的な考慮拡張された実行行為の理解が、異なった構成要件である既遂犯についても妥当するとしている点で問題がある。すなわち、未遂犯処罰の必要性の観点から、構成要件の結果を直接惹起する行為への着手以前の段階で既に実行の着手を肯定するために、前倒して拡張された実行行為であり、行為者が結果惹起に必要な行為をなしたと考えていないにもかかわらず故意を認めることは、犯罪の故意をかかると拡張された実行行為を遂行する意思と解するに等しく、妥当でない。よって、第二行為を留保している以上、第一行為の時点では既遂犯の故意は認められないとするβ説が妥当であると解する。

3. 因果関係の錯誤が故意を阻却するかについて

この点につき、弁護側も検察側と同じく、故意犯の成立に因果関係の認識を不要とし、その錯誤は故意を阻却しないと乙説をとる。

III. 本問の検討

1. 第一行為について、弁護側はA説(主観説)に基づき、外部的行為から故意について判断すると、XがAにクロロホルムを吸引させるという行為からは、Aへの傷害の殺人という犯意が確定的に認められたとはいいがたく、殺人罪の実行の着手は未だなかったものといえる。
2. また、仮に検察側の立つC説に立ったとしても、XがAを水中に転落させて殺害するにあたり、相手の意識を失わせることが必要不可欠であったとまではいいがたく、検察側の認定の通り、場所的には短時間で移動できる場所であったとしても、現に2時間もの空白があった点で、第一行為と第二行為の間に時間的・場所的な近接性は認められず、殺人罪の実行の着手は認められない。
3. 第一行為時点でのXの故意については、弁護側はβ説をとり、上記認定の通り、Xはこの時点においてはAを眠らせようという傷害の故意しかなく、第二行為を留保していることから、殺人についての故意は認められない。
4. そして、Xの行為とAの死との間に因果関係も認められることから、Xに傷害致死罪(205条)が成立する。
5. 第二行為については、Xは殺人の故意でAを海に沈めようとしているが、この時点でAは既に死んでいるため、客体に不能があるとして、殺人罪は不能犯となる。
6. そして、Xの客観的には死体遺棄罪(190条)の構成要件に当たるが、かかる異なる構成要件間に錯誤がある場合、すなわち本問において、重い罪の殺人罪の故意で軽い罪の死体遺棄の実行行為を行った場合、故意はどうなるか問題となる。この点、弁護側は法定的符合説に立ち、死体遺棄と殺人の保護法益・行為態様に構成要件上、重なり合うところはなく、死体遺棄の故意は認められない。したがって、死体遺棄罪(190条)も成立せず、第二行為についてXは不可罰となる。

IV. 結論

Xは傷害致死罪(205条)の罪責を負うにとどまる。

以上

¹ 木村光江『刑法〔第2版〕』東京大学出版会[2002]44頁

² 木村亀二『刑法総論〔増補版〕』法律全学集[1977]344頁