

I. 反対尋問

1. 実行の着手時期の判断において主観的要素を一切排除するのは適切か。
1. 時間的場所的近接性と犯罪障害の有無という客観的基準にのみ立脚するのはなぜか。そしてこれは適切か。
2. 実行の着手時期が主観説では早くなりすぎるといいますが、今回のような事例ではむしろ遅くなることから、この批判は妥当しないのではないか。
3. 既遂犯の場合と未遂犯の場合で、故意の内容は同一なのか。
4. 第一行為時に既遂犯の故意が認められるかにつき、当該判例¹を引用した趣旨はなにか。

II. 学説の検討

1. 第一行為時に実行の着手が認められるかについて

検察側は、未遂犯の処罰根拠を構成要件の実現ないし結果発生の実現的危険の惹起に求める以上実行行為の着手もその現実的危険を惹起せしめることと解すべき、とするC説に立つが、この説については、「現実的危険」の概念が曖昧であり法的安定性を害する上、認定した「実行の着手」に続く行為が果たしてどの結果に向けられているのか、着手時点において客観的に確定しない²。

加えて、検察側は危険性の判断において行為者の主観を一切考慮していないが、行為が行為者の主観を反映したものである以上、主観面も考慮すべきである。したがって、この判断基準をとることは妥当ではない。

未遂犯の処罰根拠は、行為者の危険な性格を表明するものとしての意思ないし危険性の外部的表動に求めるべきであり（主観的犯罪論）、かかる立場からは犯意が外部的表動として明らかになった時点で実行の着手を認定する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について

検察側は、結果発生の実現的危険を基礎付ける事実を認識していれば、予期せぬ経路で結果が発生したとしても故意を認めて差し支えない、とするα説に立つが、この説については、未遂処罰の必要という実質的な考慮から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の点という点につき問題となる。

すなわち、この説は、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すでに「実行の着手」を肯定するために「前倒し」して拡張された実行行為を、既遂犯の要件としても妥当させるものであり、そうした行為の時点においては、行為者は結果惹起に必要な行為をなしたと考えていない以上、結果発生についての現実的認識・予見はまだ認められず（その行為の時点では、行為者は、今後結果を惹起しようと考えてはいるが、結果が発生するとは考えていない）、それにもかかわらず（既遂犯の要件としての）故意を認めることは、犯罪の故意をこのように拡張された（それ自体は結果を惹起しない）実行行為を遂行する意思と等しく、その結果として、構成要件の結果を客観的処罰条件化するものではないかとの疑問を呈する。³

したがって、弁護側はβ説を採用する。

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、因果経過の認識は故意の成立に必要ではあるがその錯誤が故意を阻却するほど重要ではない、とする乙説に立つ。

¹ 横浜地裁昭和 58 年 7 月 20 日。

² 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）314頁。

³ 山口厚『刑法総論〔第二版〕』（有斐閣、2007年）216頁。

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、犯罪的意思が行為者の外部に表明された時点をもって実行の着手時期を判断するが、X の A にクロロホルムを吸引させる行為の限りにおいては、殺人意思が表明されたとは言い難く、傷害意思の表出に留まると考える。ゆえに第一行為の時点においては殺人罪の実行の着手は無い。
2. そして、第一行為によって、A は肺機能不全に陥り死亡しているから、X の傷害行為と A の死という結果との因果関係が認められる。
3. 仮に殺人実行行為の着手が認められたとしても、第一行為のクロロホルムを吸引させる行為の時点においては、X が死亡という結果惹起に必要な行為をなしたと考えていない以上、結果発生についての現実的認識・予見はいまだ認められない。そのため、第一行為の時点において殺人の故意は認められず、傷害の故意に留まる。
4. 以上により、X には第一行為において傷害致死罪（刑 205 条）が認められる。
5. また、第二行為については、既に死亡している A を海中に投棄したものと認められるから、殺人罪における客体が存在せず、不能犯が成立する。
6. そして、第二行為は死体遺棄罪（刑 190 条）の構成要件にあたるが、同行為の時点においては殺人の故意を有していることから、抽象的事実の錯誤が問題となる。これにつき、弁護側は、両罪の構成要件の重なり合う程度において軽い罪の故意を認める法定的符号説に立つ。本件においては、死体遺棄と殺人の保護法益は異なり、重なり合わないため、死体遺棄の故意は認められない。
7. 以上により、X は第二行為について不可罰となる。

Ⅳ. 結論

X は傷害致死罪（刑法 205 条）の罪責を負う。

以上