

I. 反対尋問

- 5 1. 5頁8行目「既に実質的な行為の危険性について考慮がなされていることにな」とあるが、どのように考慮されているのか。
2. 5頁21行目「実行の着手と実行行為が別の概念として判断される」とあるが、検察側はBア説に立てば同じ概念であると考えているのか。
3. Bア説において第1行為にまで実行行為の範囲を広げるのは不当に広げすぎではないか。

10

II. 学説の検討

「実行」に「着手」(43条本文)の画定基準について

A-1 説(形式的客観説)

- 15 実行の着手の時期について、構成要件に該当する行為の少なくとも一部分が行われたかどうかを基準とする本説は、問いをもって問いに答えるものであり妥当ではない。
よって、弁護側はA-1説を採用しない。

A-2 説(修正された形式的客観説)

- 20 構成要件の全部または一部の事実またはそれに密接した事実を実現することが実行行為であるとする本説は、客観的形式説の土台に実質的な修正を施した拡張部分を上乘せしており、実質化の方法としてあいまいである²。
よって、弁護側はA-2説を採用しない。

B 説(実質的客観説)

ア説(行為犯説)

- 25 既遂の現実的・客観的危険(具体的危険)を惹起した時期すなわち実行の着手時期を、行為者の行為に認められる属性から確定するとする本説に立てば、未遂犯の実行の着手は行為者の行為の時点で肯定されることとなり、処罰範囲が不当に広がる可能性があるため妥当ではない³。
30 よって、弁護側はBア説を採用しない。

イ説(結果犯説)

- 35 発生した結果に独自性を認め、既遂の現実的・客観的危険(具体的危険)を惹起した時期すなわち実行の着手時期を、かかる発生した独自の結果より確定するとする本説は、実際に発生した客観的かつ明確な結果から、実行の着手時期を端的に抽出することができる⁴。
よって、弁護側はBイ説を採用する。

¹ 山中敬一『刑法総論[第3版]』(2015年,成文堂)760頁。

² 前掲・山中 761頁。

³ 山口厚『刑法総論[第3版]』(2016年,有斐閣)284頁。

⁴ 前掲・山口 285頁。

因果関係の錯誤について

α説(法定的符合説)とβ説(故意帰属説)との間で、どちらも法的観点から各因果関係の錯誤の重要性を判断する点で共通するところ、結論に大きな差異は認められない。

- 5 もっとも、β説に比してα説の方が故意の成立範囲を構成要件の範囲内での主観と客観の一致に限定するため、基準が明確となることから、弁護側も検察側と同じくα説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

10 第1 計画αにおけるXの罪責について

1 XがAに薬剤をかがせた行為(第一行為)に殺人罪(刑法(以下法名略)199条)が成立しないか。

2(1)ア 本件第一行為はXがAを海中に投棄する行為(第二行為)の前提行為であるが、第一行為に殺人罪の実行の着手が認められるか。

- 15 イ 弁護側はBイ説を採るため、未遂犯の処罰根拠を既遂の結果発生の実現的・客観的危険(具体的危険)と解し、かかる危険の発生を基準に実行の着手を確定する。そしてその確定につき、既遂の結果発生の実現的危険をそれ自体独自の結果と解し、その危険が発生した時点に実行の着手が認められると考える。

20 本件において、XはAを昏睡させるために第一行為で薬剤を用いている。本件にて昏睡させる薬剤でAが死亡したのは偶発的なものであり、第一行為は第二行為を確実に遂行させるための先行行為であるため、既遂の具体的危険は認められない。よって、Xの第一行為は殺人罪の実行の着手にあたらぬ。

(2) 上述より、Xの第一行為に殺人罪が成立する余地はない。

3(1) では、Xの第一行為に傷害致死罪(205条)が成立しないか。

- 25 (2) 「傷害」とは人の生理的機能を害する行為である。

睡眠は一見、身体の生理機能としては正常といえそうである。しかし、薬剤の薬理作用によって睡眠という結果を導いているため、生理機能への働きかけがあったとして、人を薬剤により眠らせる行為も「傷害」にあたると思われる。よって、Xの第一行為は「傷害」の行為にあたる。

30 (3) 本件において、XがAに薬剤をかがせた行為によってAの死亡という結果を発生させており、因果関係も認められる。

(4) そして、傷害致死罪は傷害罪の結果的加重犯であるため、Xに傷害の故意があれば足り、本件において、XはAを昏睡させようという故意があるため、故意も認められる。

(5) 上述より、Xの第一行為に傷害致死罪(205条)が成立する。

- 35 4(1) XがBを海中に投棄した行為(第二行為)に死体遺棄罪(190条)が成立しないか。

(2) そもそも、XはAの死体を眠ったAと勘違いし、Aへの殺人の故意で第二行為におよんでいる。つまり、Xに死体遺棄罪の故意が認められないため、Xの第二行為に死体遺棄罪が成立する余地はない。

第2 計画βにおけるXの罪責について

1 Xがワインに睡眠薬を入れた行為(第一行為)に殺人罪(199条)が成立しないか。

2(1) 本件第一行為はBを海中に投棄する行為(第二行為)の前提行為であるが、第一行為に殺人罪の実行の着手(43条本文)が認められるか。

- 5 (2)ア 弁護側はBイ説を採るため、未遂犯の処罰根拠を既遂の結果発生の実現的・客観的危険(具体的危険)と解し、かかる危険の発生を基準に実行の着手を確定する。そしてその確定につき、既遂の結果発生 of 具体的危険をそれ自体独自の結果と解し、その危険が発生した時点に実行の着手が認められると考える。

10 本件において、Bが死亡したという結果はBが自分からワインを飲んだ行為によるのである。さらに、Xは睡眠薬が入ったワインを棚にしまい、Bに対して10分ほど部屋で待機するように伝えていたにもかかわらず、BはXの了承を得ずにX宅の棚からワインを探し出して飲んでいる。つまり、XはBがワインを飲む行為に対しては一切関与していない。また、仮にXがBにワインを飲ませていたとしても、Bの特異体質は一般人から認識不可

15 Bの死亡という結果はBが自らワインを探し出して飲んだ行為に原因があり、Xの第一行為から発生した危険とはいえない。

イ 上述の事情により、Xの第一行為は殺人罪の実行の着手にあたらぬ。

ウ しかし、Xの第一行為は第二行為を行うことを目的とするものであり、第二行為実現を可能にするものであるため、第一行為は第二行為の準備行為にはあたると考えられる。

20 3 上述より、Xの第一行為は殺人罪の実行の着手にあたらぬため、殺人未遂罪すら成立せず、殺人予備罪(199条、201条)が成立する。

4 XがBを海中に投棄した行為(第二行為)について殺人罪(199条)が成立しないか。

5(1) Xは殺人の故意をもってBを海中に投棄しており、この行為は殺人の実行行為にあたる。しかし、Xが第二行為に及んだとき、Bはすでに死亡している。つまり、XはBの死

25 体を眠ったBと勘違いして海中に投棄していることとなる。よって、第二行為によってBの死亡という結果を発生させることは不可能であり、Xの第二行為は不能犯となる。

(2) 上述より、Xの第二行為は不可罰である。

6(1) では、Xの第二行為に死体遺棄罪(190条)が成立しないか。

(2) そもそも、XはBの死体を眠ったBと勘違いし、Bへの殺人の故意で第二行為におよ

30 んでいる。つまり、Xに死体遺棄罪の故意が認められないため、Xの第二行為に死体遺棄罪が成立する余地はない。

IV. 結論

計画αについてXは傷害致死罪(205条)の罪責を負う。

35 (計画βについてXは殺人予備罪(199条、201条)の罪責を負う。)

以上