

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ 3 頁 33 行目において、「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」とあるが、これをそのまま素直に解釈したらむしろ「法益侵害の危険性が具体的程度(一定程度)以上に達した時点」(同レジュメ 3 頁 26 行目)に実行の着手を求める結果犯説に結び付くと思われる。行為に実行の着手を求める理由はほかにないのか。
- 10 2. 純粋な因果関係の錯誤論において、検察側は「第 2 行為が予見可能である場合」(同レジュメ 4 頁 22 行目)と限定しているが、第 2 行為が予見可能でない場合には故意帰属説の崖事例のような課題はなおも解決したとはいえないのではないか。

II. 学説の検討

- 15 1. 実行の着手について

甲説:主観説

検察側と同様の理由で採用しない。

乙説:形式的客観説

- 20 検察側と同様の理由で採用しない。

丙 1 説:行為犯説

本説は、危険性判断の柔軟性が判断の不明確性を発生させる恐れがある。また、既遂の危険が未だ現実化する以前の段階、現実的危険性が認められない段階で未遂犯の成立を肯定

- 25 することとなり妥当でない。

したがって、弁護側は本説を採用しない。

丙 2 説:結果犯説

未遂犯も、既遂犯と同じく、外界における有害な出来事を処罰するものであるから、未遂

- 30 犯の処罰根拠としての具体的危険は、外界に生じた有害な結果として理解しなければならない。よって、未遂構成要件は、法益侵害の具体的危険という「未遂結果」を不文の構成要件要素として含んでいると解すべきである²。

したがって、弁護側は本説を採用する。

¹ 山口厚『刑法総論[第3版]』(有斐閣,2016年)284頁。

² 松原芳博『刑法総論[第2版]』(日本評論社,2017年)311頁。

2. 因果関係の錯誤について

α 説: 純粋な因果関係の錯誤説

この説は因果関係の錯誤という問題について重要でないとしたうえで、実際に経過した因果経過と行為者が予定していた因果経過とが相当因果関係の範囲内であれば、故意が認められるとしており、かかる考え方では故意阻却が認められる範囲が不当に狭められることになる³。

したがって、弁護側は本説を採用しない。

β 説: 故意帰属説

10 この説は結局、結果が偶発的に生じたものでなく、行為者が認識した故意により実現されたものであると評価されるときには故意を阻却しないとするものであり、故意阻却が認められる範囲が不当に狭められることになる。

したがって、弁護側は本説を採用しない。

15 γ 説: 段階的故意説

この説は、故意には構成要件的结果の認識のほかに、実行行為の性質に対する認識も必要であり、それは①抽象的危険に対する認識(予備故意)、②具体的危険に至るものとする認識(未遂故意)、③危険の実現に至るものとの認識(既遂故意)というように段階があり、この認識段階に応じて故意を認めるとする説である⁴。

20 本来、構成要件的结果に直近する行為者の故意による惹起行為こそが既遂犯の実行行為であって、行為者が結果惹起行為を未だ将来に対して留保した段階で既遂犯の故意を肯定するのは妥当でない⁵。この説に立てば行為者の有する故意に基づいた罪を認められることから、刑法の重要原則たる責任主義に沿うものであると言える。

したがって、弁護側は本説を採用する。

25

Ⅲ. 本問の検討

第1. 第1行為について

1 (1) XのAに睡眠薬を溶かした飲料水を飲ませた行為(以下第1行為)について殺人罪(刑法[以下法文名略]199条)が成立するか。

30 (2) 第1行為の時点で実行に着手(43条本文)したといえるか。

未遂罪の処罰根拠は構成要件の実現ないし結果発生の現実的危険性を惹起した点にある。したがって、実行の着手は、構成要件の実現に至る現実的危険性が発生した時点で認められる。

³ 井田良『講義刑法学・総論[第2版]』(有斐閣,2018年)196頁以下。

⁴ 高橋則夫『刑法総論[第4版]』(成文堂,2018年)184頁。

⁵ 山口・前掲90頁。

本件第一行為で X が A に飲ませた睡眠薬は、死亡する危険性の無い量であったため、第一行為の時点では、構成要件の実現に至る現実的危険性は発生しておらず、実行の着手及び実行行為は認められない。

(3) よって殺人罪は成立しない。

5 2(1) X の上記行為につき、傷害致死罪(205 条)は成立するか。

(2) 傷害とは、人の生理的機能を害することをいう。睡眠薬の薬理作用による強制的な睡眠は、人の生理的機能を害したと評価でき、本問でも傷害が認められる。結果として X は死亡しており、第一行為との因果関係も認められる。

10 X に故意(38 条 1 項)が認められるか。傷害致死罪は傷害罪の結果的加重犯であるから、傷害の故意で足り。X には A の意識を失わせるという意思があるから、傷害の故意が認められ、傷害致死罪についても故意が認められる。

(3) 以上より、X の上記行為につき、傷害致死罪が成立する。

15 3(1) 仮に、X の第一行為に、1(2)で否定した殺人罪の実行行為性が認められたとしても、X はあくまで、A を第二行為によって殺害する意図のみを有しており、第 1 行為の時点において第 1 行為で死亡結果を惹起する意思がないため、故意 (38 条 1 項) が阻却されないか。

(2) この点につき、段階的故意説に立てば、既遂犯成立には既遂故意が要求され、既遂故意を欠けば既遂犯は成立しない。

20 本件 X は、第一行為の時点では、A の死亡結果を実現する意思を欠くため既遂故意を有しないと評価でき、死亡結果発生の現実的危険は認識していることから未遂故意のみが認められる。

(3) よって X の第一行為に実行行為性が認められた場合でも、殺人既遂罪は成立せず、殺人未遂罪 (199 条、203 条、43 条) が成立する。

第 2. X の第 2 行為について

25 1. X の A を海中に転落させて沈めた行為(以下、第 2 行為)について殺人罪(199 条)が成立しないか。

(1) X は殺人の故意をもって A を海中に投棄しており、第 2 行為は殺人罪の実行行為に該当する。しかし、X が第二行為に及んだとき、A は既に死亡している。であるから、X は A の死体を眠った A と勘違いして海中に投棄していることになる。よって、第二行為によって A 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。

30 (2) 従って X の第 2 行為は不可罰である。

2. では、X の第 2 行為に死体遺棄罪(190 条)が成立しないか。

しかし本質的には X は A を眠ったものと誤信し、A への殺人の故意で第 2 行為に及んでいる。そのため、X には死体遺棄罪の故意を認められないため、死体遺棄罪が成立しない。

35 IV. 結論

X は傷害致死罪(205 条)の罪責を負う。