

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ4頁10行目、「未遂犯の処罰根拠は法益侵害の危険の惹起であるという見地からすると、現実的危険の惹起を基準として実行の着手を判断する」とあるが、実行の着手の判断において現実的危険の惹起という基準は曖昧ではないか。
2. a説によれば、着手未遂における問責対象行為は直接的な結果惹起行為の意味での既遂犯の実行行為と同じではないのにも関わらず、着手未遂と実行未遂を区別せずに、実行の着手があった時点で直ちに既遂犯の故意までもが認められるのは実行行為と故意の同時存在の原則に反するように思われるが、いかなる論理によるものか。
- 10 3. 第一行為と第二行為はあくまで別個の行為であるが、刑法上一つの行為を処罰の対象とすべきであるのに、二つの行為を一連の行為として一体化したり、分断したりするのはいかなる理論によるものか。

15

II. 学説の検討

1. 「実行に着手」の成立時期について

A説（主観説）

検察側と同様の理由により、採用しない。

20

B説（客観説）

B-2説（実質的客観説）

本説によると、実行行為は構成要件該当事実に接着した行為で足りるとし、実行行為の開始がなくても未遂犯を肯定していることに問題がある¹。また「実行」の観念を不当に緩めるものである²。

25

よって、弁護側は同説を採用しない。

¹ 浅田和茂『刑法総論[第3版]』（成文堂,2024）382頁。

² 団藤重光『刑法綱要総論[第3版]』（創文社,2000）355頁。

B-1説（形式的客観説）

「実行」とは基本的構成要件に該当する行為であり、そのような行為の開始が実行の着手にほかならない。したがって、基本的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ことが必要であり、かつ、それで十分である³。

5 よって、弁護側は同説を採用する。

2. 既遂犯の故意について

α説（既遂説）

既遂＝結果＝未遂という等式は実行未遂には妥当しても、着手未遂には妥当しない。

10 これは実行未遂に妥当する命題を直ちに着手未遂にも適用したものであるが、着手未遂は直接的な結果惹起行為の前段階まで処罰を前倒ししたものである。それゆえ、着手未遂における問責対象行為は直接的な結果惹起行為の意味での実行行為と同じではない。

よって弁護側は同説を採用しない⁴。

15 β説（未遂説）

犯罪は予備→着手未遂→実行未遂→既遂と進展していくものであって、既遂はその前提として実行未遂を前提とする。着手未遂は当罰性の評価に関する限り実行未遂と同視されるものの、行為の構造においては結果惹起のために行行為者のさらなる行為を要する点で予備と共通し、いわば「切迫予備」としての実体を有している。このような着手未遂の構造に着目し、着手未遂の段階から結果が生じた場合には、既遂構成要件に対応する故意が否定され、未遂犯と過失犯のみが成立するとすべきである⁵。

このように同説は着手未遂の論理構造という観点からは一貫したものである。

よって弁護側は同説を採用する。

25 III. 本問の検討

第1 第一行為

1. 第一行為について、X及びYに殺人罪(刑法199条)の共同正犯(刑法60条)が成立するか。

共同正犯の成立要件は①共謀、②共謀に基づく実行行為である。

³ 団藤・前掲354-355頁参照。

⁴ 松原芳博『刑法総論[第4版]』（日本評論社，2025）352頁参照。

⁵ 松宮・前掲352頁参照。

(1) Xは本件犯行計画をYに依頼し、Yはこれを了承しているため、意思連絡が存在する。また、XとYはともに実行行為に関与していることから、正犯意思も問題なく認められる(①充足)。②については以下で検討する。

(2) XとYの犯行計画は、第一行為の時点では、Aを失神させるのみであったところ、第一行為の時点で殺人罪の「実行に着手」(刑法43条本文)したといえるか。

ア この点弁護側はB-1説を採用する。つまり、「実行の着手」が認められる時期を、構成要件に属する行為を行うこと、構成要件に属する行為に近接密着する行為を行うこと、又は行為の犯罪計画に構成要件行為の直前に位置する行為を開始することと解する。

イ まず、クロロホルムを吸引させる行為自体には、人の生命を侵害するおそれが存在せず、殺人罪の構成要件に属する行為とは言えない。

確かに、XとYの犯行計画は、クロロホルムを吸引させた後Aを港まで運び、車ごと転落させて溺死させるものであった。そのため、第一行為と第二行為の不可欠性が肯定されるようにも思われる。しかし、市内の路上から港までは約2km離れていることや、Aが失神したのは午後9時30分であったところ、車を転落させたのは午後10時30分で、1時間もの隔たりが存するため、時間的場所的近接性が認められない。また、第一行為の犯行現場は路上であり、かつ時間帯も9～10時と深夜とは言えず、通行人等から目撃される可能性は十分あり、第一行為から第二行為を遂行するにあたり障害となる事情が全くなかったとは言えない。

よって、第一行為が第二行為に近接密着又は、直前に位置する行為とは言えず、殺人罪の「実行に着手」したとは言えない。

(3) 仮に殺人罪の「実行に着手」が認められたとした場合、Aは「死亡」している。しかし、かかる死亡結果が第一行為と第二行為のいずれによるものか明らかではないため、因果関係を認めることができない。

(4) 仮に因果関係が認められるとしても、X及びYに殺人罪の故意(刑法38条1項本文)が認められるか。

ア この点、弁護側はB説を採用する。つまり、着手未遂の段階から結果が生じた場合には、既遂構成要件に対応する故意が否定され、未遂犯と過失犯のみが成立すると考える。

イ 本件においてX及びYに実行の着手が認められていた場合、既遂構成要件に対する故意が否定されるため、殺人未遂罪(刑法203条、199条)と過失致死罪(刑法210条)が成立しうる。

もつとも、弁護側は、前述したように実行の着手は認められないとの立場に立つため、いずれも成立しないと解する。

2. では、第一行為についてX及びYに傷害罪(刑法204条)の共同正犯が成立するか。

(1) 上述の通り、X及びYには本件犯行計画の意思連絡と正犯意思があり、共謀が認められる(①

5 充足)。後述するように第一行為は本共謀に基づく傷害罪の実行行為である(②充足)。

(2) 「傷害」とは、人の身体の生理的機能に障害を加えることをいう。クロロホルムを摂取させることによりAを昏倒させることは、人の身体の生理的機能に障害を加えることといえ、「傷害」にあたる。

10 (3) 結果としてAは昏倒している。これはX及びYによるクロロホルムの吸引に起因しており、因果関係も認められる。

(4) 故意とは、客観的構成要件要素該当事実の認識認容をいうところ、X及びYは第一行為によりAを傷害することを認識認容していたといえ、故意が認められる。

3. よって、第一行為につきX及びYに傷害罪の共同正犯が認められる。

15 第2 第二行為

1. 第二行為について、X及びYに殺人罪の共同正犯が成立するか。

(1) 第二行為についても前述の通り、XY間に共謀が認められる(①充足)。また、後述の通り、本件共謀に基づく実行行為も認められる(②充足)。

20 (2) 実行の着手につき、弁護側はB-1説を採用する。つまり、「実行の着手」が認められる時期を、構成要件に属する行為を行うこと、構成要件に属する行為に近接密着する行為を行うこと、又は行為の犯罪計画上構成要件行為の直前に位置する行為を開始することと解する。

本件では、Aを自動車に乗せた上で海中に転落させて沈めている。自動車内にいる状態で海中に沈められたら脱出は困難であり、そのまま溺死することとなる。構成要件たる「人を殺した」に近接密着する行為といえ「実行の着手」が認められる。

25 (3) 結果としてAは死亡している。

(4) しかし、本件ではAの死因は、溺水に基づく窒息であるか、それともクロロホルム摂取に基づく呼吸停止、心停止、ショック又は肺機能不全であるか特定できない。また、Aは第二行為の前の時点で、第一行為により既に死亡していた可能性がある。そうすると、Aの死亡結果が第二行為によって生じたと認めることはできず、因果関係を認めることができない。

30 したがって、第二行為について殺人既遂罪は成立しない。

(5) もっともX及びYは、第一行為によってAが死亡する可能性があるとの認識を有しておらず、Aが生存しているものと認識し第二行為を行った以上、殺人の故意は認められるため、少なくとも殺人未遂罪(刑法203条、199条)の共同正犯(刑法60条)が成立する。

5 IV. 結論

X及びYについて、第一行為につき傷害罪(刑法204条)の共同正犯(刑法60条)が成立し、第二行為につき殺人未遂罪(刑法203条、199条)の共同正犯(刑法60条)が成立する。

第一行為の傷害罪と第二行為の殺人未遂罪とは、時間的・場所的に区別された別個の行為によるものであり、一個の行為とはいえない。

10 したがって、両罪は併合罪(刑法45条前段)となる。

以上