

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察側の採用する形式的客観説は、構成要件的行為の開始をもって実行の着手を認める見解だが、判例実務において採用されている実行の着手時期の判断とは大きく乖離するように思える<sup>1</sup>。そこで、形式的客観説の立場においてはいかにして判例実務上の運用との整合性を確保するのか。
- 10 2. 検察側の採用する形式的客観説は、他説と異なり、実行の着手を認めるにあたって法益侵害の危険性に主眼を置いていない。では、形式的客観説に立つ場合、未遂犯の処罰根拠はどこにあると捉えるのか。
- 15 3. 検察レジュメ 4 頁 6 行目以下の引用の趣旨について、検察側の採用する因果関係の認識不要説に親和的である旨述べているが、引用判例の判旨では、実行の着手を肯定するために被告人の主観面に触れているに過ぎず、特に因果経過の認識要否の問題について触れているとは読み取れない。かかる判例の判旨のどの箇所を、どのように評価して、因果経過の認識不要説に親和的であると考えたのか。

## II. 学説の検討

### 1. 実行の着手時期について

#### 20 a 説 (主観説)

検察側と同様の理由により、弁護側は a 説を採用しない。

#### b 説 (実質的客観説)

検察側と同様の理由により、弁護側は b 説を採用しない。

25

#### c 説 (形式的客観説)

構成要件に属する行為の範囲は極めて狭いものであり、この見解によると、実行の着手時期が遅くなりすぎてしまう<sup>2</sup>上に、形式的判断基準で予備と未遂とを区別することは實際上不可能である<sup>3</sup>。

---

<sup>1</sup> 特に、窃盗罪については、仮に「窃取」行為がなされるまで実行の着手を認めないとすれば、判例実務との乖離は著しいものと言えるだろう。

<sup>2</sup> 高橋則夫『刑法総論[第 4 版]』(成文堂,2018)396 頁。

<sup>3</sup> 大谷實『刑法講義総論[新版第 6 版]』(成文堂,2025)368 頁。

よって、弁護側は c 説を採用しない。

#### e 説(結果犯説)

検察側と同様の理由により、弁護側は e 説を採用しない。

5

#### d 説(折衷説)

未遂犯の処罰根拠は法益侵害の結果の惹起に求められることから、基本的には実質的客観説が妥当であると考えられる。もっとも、実質的客観説は危険性の内容が明確でない以上その限界が不明確であるため、「犯罪」の「実行に着手して」という文言による形式的な限定も必要

10 である。この点で、形式的基準と実質的基準は相互補完的に機能するものといえる<sup>4</sup>。

よって、弁護側は d 説を採用する。

## 2. 因果関係の認識の要否について

#### α 説(必要説)

15 検察側と同様の理由により、弁護側は α 説を採用しない。

#### β 説(折衷説)

検察側と同様の理由により、弁護側は β 説を採用しない。

#### γ 説(不要説)

因果関係も犯罪事実(構成要件該当事実)であることから、故意にはその認識が必要である。しかし、それは「刑法上必要とされる因果関係」の認識であるから、それを基礎付けるに足る事実の認識があれば足りる<sup>5</sup>。

また、行為者が詳細かつ具体的な因果経過を認識するということは一般的に少なく、認識した因果経過と現実の因果経過との間にある程度の不一致を生ずるのがむしろ通常である<sup>6</sup>。

25 よって、弁護側は γ 説を採用する。

30

---

<sup>4</sup> 松原芳博『刑法総論[第3版]』(日本論評社,2022)336頁。

<sup>5</sup> 町野朔『刑法総論』(信山社,2019)205頁。

<sup>6</sup> 岡野光雄『刑法要説総論[第2版]』(成文堂,2009)219頁。

### 3. 早すぎた構成要件実現について

#### イ説(既遂犯説)

既遂犯説の立場は、行為者が、発生した結果を「結局のところ」志向していたということを理由とするものであり、行為規範の内容を「『結局のところ』犯罪結果を惹起するな」という犯罪論上意味のない禁止規範に変容させ、これは犯罪構成要素の同時存在の原則を全く無視する考え方といわざるを得ない。また、既遂犯説に対しては「故意結果犯」の構造を「故意危険犯(抽象的危険犯あるいは具体的危険犯)プラス結果発生」という構造に転化させるものであるという批判も可能であろう<sup>7</sup>。

よって、弁護側はイ説を採用しない。

10

#### ア説(未遂犯説)

既遂犯が基本型であり、未遂犯はあくまでも拡張類型であるという理解からは、既遂犯の構成要件は未遂犯の構成要件から導出されるのではないから、既遂犯の構成要件該当行為は既遂犯固有の見地から定めなければならないことになる。あくまでも第2行為(法益侵害惹起行為)が既遂犯の構成要件該当行為(実行行為)である以上、それを行うことを内心ではなお留保している第1行為の段階では、既遂犯の構成要件外の行為を行っている認識しかないため、既遂犯の故意はないという見地から、第1行為への着手によって未遂犯は成立し得るが、既遂犯は成立し得ないと解することができる<sup>8</sup>。

また、将来さらに別の行為を行わなければならないという意識の場合、その時点ではいかに最終的・確定的と本人は思っていたとしても、人間の意思は変わり得るものであり、変わった場合は、変わった後の手放し行為<sup>9</sup>の時点の意思を持って故意の内容としなければならない。自己の行為がいまだ完成しておらず、結果を発生させるためにはさらに別の行為を行わなければならないという意識状態では、本人はいかに確定的・最終的なものと思ひ、かつ、現実になんが最初の目的どおりに実現されたとしても、変わることがありうるものであって、法益「侵害」を基本的内容とする既遂犯の故意とするべきではないと思われる<sup>10</sup>。

よって、弁護側はア説を採用する。

---

<sup>7</sup> 高橋則夫『刑法総論[第2版]』(成文堂,2013)181頁。同書においては、実行行為の性質の認識を、①抽象的危険に至るものとの認識、②具体的危険に至るものとの認識、③危険の(既遂としての)実現に至る認識という段階に分け、それぞれを①予備故意、②未遂故意、③既遂故意としている。

<sup>8</sup> 山口厚『新判例から見た刑法[第3版]』(有斐閣,2015)90頁。

<sup>9</sup> 結果を発生させるために、行為者はもはやそれ以上別の行為を行う必要がないような行為。

<sup>10</sup> 林幹人『判例刑法』(東京大学出版会,2011)97頁。

### Ⅲ. 本問の検討

1. XがAの鼻口部にクロロホルムを染み込ませたタオルを押し当てるなどして(以下「第一行為」)、Aを乗せた自転車を海中に転落させた行為(以下「第二行為」)に殺人罪(刑法199条)が成立するか。

5 2.(1) 本件において、Aの「死亡」結果は第一行為の時点で生じているため、第二行為を殺人罪(刑法199条)の実行行為ということとはできない。そこで、Xは第一行為の時点で「実行に着手」(刑法43条本文)したといえないか。第一行為と第二行為を一連の実行行為とみることができるかが問題となる。

10 (2) この点、弁護側はd説を採用する。では、本件において、第一行為の時点で、行為者の犯罪計画全体に照らし法益の危険が切迫したといえるか。

Xは、第二行為によりAを溺死させる計画であったところ、第一行為と第二行為の間には2時間の時間的隔りがある。Xの計画全体に照らせばAの「死亡」の危険が切迫するのは早くとも自動車を落とす行為に着手する時点といえる。よって、第一時点での法益の危険への切迫性が否定される。

15 よって、第一行為の時点で「実行に着手」(刑法43条本文)したとはいえず、一連の実行行為とみることが出来ないため、殺人罪(刑法199条)は成立しない。

(3) つぎに、第一行為に殺人予備罪(刑法201条)が成立しないか。

20 XはAを第二行為によって死亡させることを意図しており、第一行為においてはAを失神させ、第2行為によって殺人罪を完遂させるという計画を有していることから、第1行為の時点で殺人の目的を有しているといえる。

したがって、Xの第一行為につき、殺人罪(刑法199条)の目的で「その予備をした」といえ、殺人予備罪(刑法201条)が成立する。

3. つぎに、第一行為に傷害致死罪(刑法205条)が成立しないか。

25 (1) 傷害罪(刑法204条)は暴行罪(刑法208条)の二重の結果的加重犯であるから、実行行為に「暴行」(刑法208条)を含む。「暴行」(刑法208条)とは人の身体に対する不法な有形力の行使をさすところ、本件ではAの鼻口部にクロロホルムを染み込ませたタオルを押し当てており、人の身体に対する不法な有形力の行使があるといえ、傷害罪の実行行為としての「暴行」(刑法208条)が認められる。

30 「傷害」(刑法204条)とは、人の生理的機能の侵害をいうところ、本件ではAが昏睡状態に陥っており、意識障害が生じていることから、Aの生理的機能の侵害があるといえ、「傷害」(刑法204条)が認められる。

(2) 結果として、Aは「死亡」している。

(3) 実行行為とは、構成要件の結果惹起の現実的危険性を有する行為であり、因果関係とは、行為と結果との間の結びつきの問題である。したがって、条件関係を前提として、実行行為の持つ危険性が結果に現実化したといえれば、因果関係が認められる。

本件において、Xがクロロホルムを染み込ませたタオルをAの鼻口部に押し当てなければ、クロロホルム摂取に基づく呼吸停止によって「死亡」することはなかったものであり、条件関係が認められる。クロロホルムを鼻口部に押し当てる行為には、クロロホルムを多量に吸引させて人を死亡させる危険が内在している。よって、Xによるかかる行為の有する危険性がAの「死亡」結果に現実化したといえ、因果関係が認められる。

(4) 構成要件の故意(刑法 38 条 1 項本文、以下「故意」。)とは、客観的構成要件該当事実の認識・認容をさす。結果的加重犯については基本犯に加重結果を生じさせる高度の危険性が内包されていることから、基本犯についての認識・認容があれば足りる。

本件において、暴行罪(刑法 208 条)についての認識・認容があれば足りるところ、Xは上記「暴行」行為の認識・認容を有しているため、傷害致死罪の故意について欠けるところはない。

(5) 第二行為について、殺人の故意での死体遺棄罪(刑法 190 条)の実行行為が認められるが、構成要件が重なり合わないため死体遺棄は成立しない。

4. したがって、XがAの鼻口部にクロロホルムを押し当てた行為につき、傷害致死罪(刑法 205 条)が成立する。

5. 以上より、Xの第一行為につき殺人予備罪(刑法 201 条)と傷害致死罪(刑法 205 条)が成立し、包括一罪となる。

6. 仮に、クロロホルムを吸い込む行為に「実行に着手」(刑法 43 条本文)があったとして、Xにつき、何罪が成立するか。この点につき、検察側はア説を採用する。

(1) A は、結果として「死亡」している。

(2) 因果関係は、条件関係を前提として、実行行為の持つ危険性が結果に現実化したといえれば認められる。

第一行為と「死亡」結果との間の因果関係は上記同様認められる。

(3) ここで、Xは第一行為時点で「死亡」結果を生じさせることについて認識しておらず、第二行為によって殺害するつもりであり、ここで因果関係の錯誤が認められるが、この点について弁護側はY説(不要説)を採用する。すなわち、行為から結果に至る因果経過の具体的認識は不要であると解する。

本件において、当初からXは、クロロホルムを使って失神させた上、自動車ごと水中に転落させる行為によってAを「死亡」させるという、殺人罪(刑法 199 条)の客観的構成要件該当事実の抽象的認識認容を有しており、因果経過の具体的認識の錯誤は問題とならない。

(4) 実行の着手の時点で殺人罪の故意はない以上、既遂犯の故意は認められないように思える。この点につき、弁護側はア説を採用する。

したがって、Xの行為につき殺人未遂罪が成立し、実行の着手が否定される場合と同様に第一行為に傷害致死罪が成立し、包括一罪となる。

5

#### IV. 結論

Xの第一行為につき、殺人予備罪(刑法 201 条)と傷害致死罪(刑法 205 条)が成立し、包括一罪となり、仮に第一行為の時点で「実行に着手」(刑法 43 条本文)があったとした場合、殺人未遂罪(刑法 199 条、203 条)と傷害致死罪(刑法 205 条)が成立し、包括一罪となり、Xはかかる罪責を負う。

10

以上