

I. 事実の概要

XはAを殺害する意図を有した上、その殺害方法としてAを水中に転落させて溺死させる計画を立てた。その転落させる前段階として、Aを拉致して自動車に乗せ転落場所まで運ぶにあたってAが抵抗できないようにするために、平成22年2月15日午後9時30分ごろ、路上を歩いているAの背後からクロロホルムを染み込ませたタオルをいきなりAの口に押し当て、引き続きしばらく押し付けてクロロホルムを吸引させて意識を失わせた。

その後、同日午後11時30分ごろ意識を失っているAを車に引き入れ、拉致した場所から約2キロメートル離れた港まで運び、Aを海中に投げ捨てた。

なお、鑑定の結果、Aの死因はクロロホルムの多量の吸引による肺機能不全であり、海中に捨てられる前に既に死亡したことを判明した。¹

II. 問題の所在

1. 本件では、第一行為は第二行為を行うための準備行為であるところ、すでに第一行為に実行の着手があったといえるか。実行の着手の成立時期と関連して問題となる。
2. また、本件では第二行為で殺害する予定であったため、第一行為時においては殺人の故意がないようにも思える。かかる場合に第一行為時に既遂犯の故意を認めることができるかが問題となる。
3. Xが予見していた因果経過と実際の因果経過との間に錯誤が生じていることから、故意が阻却されないか。そもそも、故意犯の成立に因果関係の認識が必要か否かと関連して問題となる。

III. 学説の状況

1. 第一行為に実行の着手が認められるか

A説：主観説²

犯意が外部的に明らかになった時点で実行の着手を認める。

B説：形式的客観説³

構成要件に該当する行為の一部が行われた時点で実行の着手を認める

C説：実質的客観説⁴

構成要件的結果の現実的危険性を惹起する行為を開始した時点で実行の着手を認める

D説：結果説⁵

行為が行われたあと、法益侵害の危険性が一定程度に達した時点をもって実行の着手を認める

¹ 最決平成16年3月22日

² 牧野英一『刑法総論・上巻〔初版〕』有斐閣[1958]254頁

宮本英脩『刑法大綱〔覆刻版〕』成文堂[1985]178頁

³ 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』創文社[1990]354頁

⁴ 大谷實『刑法講義総論〔第3版〕』成文堂[2009]370頁

大塚仁『刑法概説〔総論〕〔第3版〕』有斐閣[2005]165頁

⁵ 前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』東京大学出版会[2006]118頁

山口厚『刑法総論〔第2版〕』有斐閣[2007]270頁

2. 第一行為時に既遂犯の故意が認められるか

α 説：肯定説⁶

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、既遂犯の故意を認めてもよいとする。

β 説：否定説⁷

第二行為を留保している以上、既遂犯の成立は認められない。第一行為の時点においては、行為者が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。

3. 因果関係の錯誤が故意を阻却するかについて

甲説：行為者の予見した因果経過と実際の因果経過の不一致が相当因果関係の範囲内にある限り、故意を阻却しないとす説⁸。

乙説：故意犯の成立に因果関係の認識を不要とし、その錯誤は故意を阻却しないとす説⁹。

IV. 判例

2 について

現住建造物放火未遂被告事件(横浜地裁昭和 58 年 7 月 20 日)

〈事実の概要〉

被告人は放火する目的でガソリンを撒き、しばらくしてから最後のタバコを吸おうと思ってタバコに火をつけたところ、ガソリンの蒸気に引火し、家屋を全焼させた。

〈判旨〉

「被告人はガソリンを散布することによって放火について企図したところの大半を終えたものといつてよく、この段階において法益の侵害即ち本件家屋の焼損を惹起する切迫した危険が生じるに至ったものと認められるから、右行為により放火罪の実行の着手があったものと解するのが相当である」

*ガソリンを撒いた状態で点火すれば引火するであろうことは一般人にとって予想し得ない事情でもなく、被告人はタバコに点火した際に本件家屋の焼損の意思を翻したわけでないから、意図しなかった経緯で引火したからといって、放火既遂罪の故意は阻却されない。

V. 学説の検討

1. 実行の着手について

(ア) この点、A 説は犯罪意思を重視することにより処罰の時期が早くなりすぎるとともに客観的要素の範囲が明確になりがたく恣意的判断を招きやすいことから妥当でない。

(イ) 次に B 説は、どの段階で殺人の一部の行為を行ったかということを確認することは形式的に困難であるからこのような形式的判断基準で予備と未遂を区別することは實際上不可能であり妥当でない。

⁶ 大谷・前掲 188 頁

⁷ 山口厚『問題探究刑法総論〔初版〕』有斐閣[1998] 141 頁

⁸ 大塚仁『刑法概説〔総論〕〔第 3 版増補版〕』有斐閣[2005]196 頁

⁹ 前田雅英『刑法総論講義〔第 4 版〕』東京大学出版[2006]229 頁

- (ウ) また、D説は未遂犯の処罰根拠を危険の惹起に求める点で妥当であるが、実行行為と未遂に必要な実行の着手とを区別する点で妥当でない。
- (エ) 思うに、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の着手もその現実的危険を惹起せしめることをいうと解すべきであり、この説が妥当である。

2. 既遂犯の故意について

この点、β説は第一行為の着手により、未遂犯の成立は認められるが第二の行為を留保している以上、既遂は認められないとする。

しかし、行為者は当初の計画通りに犯行を実行し、結果的には当初の目的を達成したにもかかわらず、未遂の罪責しか負わないというのは不当である。

思うに、行為者が第二行為で結果が発生するのを予期していたとしても、行為者は第一行為時に結果発生の実現的危険を基礎付ける事実を認識していたと考えられる。そうであるならば、結果発生の実現的危険性を認識している以上故意非難が可能であり、予期せぬ経路で結果が発生したとしてもその結果について故意をみとめてもよい。したがって、既遂犯の故意が認められるとするα説が妥当である。

3. 因果関係の錯誤が故意を阻却するかについて

甲説は、前提として、故意犯の成立には因果関係の認識を必要とし、その認識の内容を、自己の実行行為と構成要件的结果との間の相当因果関係の存在を予見することとして把握する¹⁰。そして、予見した因果経過と実際の因果経過の不一致が相当因果関係の範囲内にはない場合には、規範の問題が与えられず、重大な錯誤として故意が阻却されると主張する。しかし、相当因果関係の認められないような意外な因果の流れをたどった場合に故意の阻却が認められると、未遂罪も成立しえないという不当な結論にならざるをえない¹¹。

そもそも、因果関係の錯誤の問題とは、因果の経過が相当因果関係の範囲内にあるかどうかということで、因果関係論と同一に帰し、いわゆる客観的帰属の問題にすぎず、独立に論ずる余地はない¹²。また、行為者は実行行為と結果についての認識さえあれば規範の問題が与えられている。

したがって、故意犯の成立に因果関係の認識を不要とし、因果関係の錯誤は故意を阻却しないとする乙説が妥当であると解する。

VI. 本問の検討

- (ア) まず、XはAの意識を失わせる目的でクロロホルムを吸引させている。この行為に殺人罪の実行の着手が認められるか。この点、検察側は前述した通り、構成要件的结果の実現的危険性を惹起する行為を開始した時点で実行の着手を認める。確かに、本件では第一行為と第二行為との間に2時間という時間が空いており、第一行為の有する構成要件的结果の実現的危険性は低いとも思える。しかし、Aを水中に転落させ溺死させる前段階として意識を失わせるという行為は、Xの計画上必要不可欠である。さらに、拉致した場所から港までは約2キロメートルであり、車を利用すれば短時間で到着すること、および午後11時30分頃という深夜の時間帯は港にはほとんど人がいないと考えられることから、意識を失ったAがそのまま水中に

¹⁰ 大塚・前掲 196頁

¹¹ 前田・前掲 229頁

¹² 大塚・前掲 209頁

転落し、溺死させられる蓋然性は非常に高い。とすれば、Xが第一行為であるクロロホルムをAに吸引させる行為を開始した時点において、すでに殺人に至る客観的な危険性が明らかである。したがって、XがAにクロロホルムを吸引させる行為が、Aの死という殺人罪の構成要件的结果の現実的危険性を惹起する行為を開始した時点であるといえるから、実行の着手が認められる。

- (イ) そして、XがAにクロロホルムを吸引させた行為によって、Aは肺機能不全に陥り、死亡しているから、Xの行為とAの死の結果との因果関係が認められる。
- (ウ) また、学説の検討で述べた通り、予見した因果経過と実際の因果経過との間の錯誤の問題は、因果経過が相当因果関係の範囲内にあるかどうかということで、因果関係論と同一に帰すので、改めて論ずる余地はない。したがって、本問では、故意犯の成立には因果関係の認識は不要であるので、Aの死という結果がXの予見した溺死ではなく、クロロホルム吸引による肺機能不全を通して発生していたとしても、その結果は故意に基づくものとして罪責を論ずるべきであり、本問においてはXの殺人の故意に欠けるところではない。
- (エ) 以上より、Xの行為に殺人罪(199条)が成立する。

Ⅶ. 結論

Xは殺人罪(199条)の罪責を負う。

以上