

只木ゼミ 春合宿第4問 検察レジュメ

文責：4班

I. 事実の概要

Xは、Aを港から車ごとに海中に転落させ、事故に見せかけて殺害する計画を立てた。平成23年2月1日午後10時頃、Aを拉致して港に運ぶため、「用事があるからちょっと付いてきてくれ」といってAを車に乗り込ませ、ドアをロックしたところで多量のクロロホルムをしみ込ませたタオルを強引に鼻口部に押し当て、Aが昏睡していて全く抵抗しなくなるまで吸引させた。

その後、XはAを2km程離れた港に運び、海に直面して停車し、運転席に座らせてシートベルトを締めさせ、ギアをDに入れて放置し、よってこれを海中に転落させた。

その後、Aの死亡が確認されたが、鑑定の結果、Aの死因は溺死ではなく、クロロホルムの多量摂取による肺機能不全であることが判明した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

主観主義刑法理論に由来するものであり、「犯意の成立がその遂行的行為に因りて確定的に認められるとき²」、「故意の飛躍的表動」が認められるとき³、「行為者の犯罪的意思の存在が二義を許さず、取り消しが不可能なような確実性を示す行為のあった場合⁴」には、実行の着手が存在したと解する。

B説：形式的客観説

実行の着手をもって、構成要件に属するような行為を行うこと⁵、構成要件に属する行為に近接密接する行為を行うこと、また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⁶。

¹ 最高裁平成16年3月22日決定。

² 牧野英一『刑法総論・上巻〔初版〕』（有斐閣[1958]）254頁。

³ 宮本英脩『刑法大綱〔復刻版〕』（成文堂、1985年）178頁。

⁴ 木村亀二『新刑法読本〔初版〕』（法文社、1955）251頁。

⁵ 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990）354頁。

⁶ 植松正『最低刑法概論I総論〔初版〕』（勁草書房、1974年）315頁、大谷實『刑法講義総論〔第3版〕』（成文堂、2009）

C 説：実質的客観説⁷

実行の着手をもって、結果発生の実質的危険を惹起する行為を行うことと解する。

D 説：折衷説⁸

実行の着手をもって、行為者の犯罪計画全体から見て法益侵害の切迫する危険を惹起する行為を行うことと解する。

E 説：結果説⁹

実行の着手をもって、行為が行われた後法益侵害の危険性が一定程度に達した時点と解する。

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¹⁰

結果発生の実質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¹¹

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

甲説¹²

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る説

乙説¹³

故意にとっては因果関係経路の認識は必要であるがその錯誤は故意を阻却しないとする説。

丙説¹⁴

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る説。

IV. 判例

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)¹⁵

〈事実の概要〉

年) 370 頁。

⁷ 福田平『前提刑法総論 [第 4 版]』(有斐閣, 2004 年) 222 頁, 川端博『刑法総論講義 [第 2 版]』(成文堂, 2006 年) 450 頁。

⁸ 西原春夫『刑法総論 [初版]』(成文堂, 1977 年) 279 頁, 西田典之『刑法総論 [初版]』(弘文堂, 2006 年) 284 頁。

⁹ 平野・前掲 313 頁, 山中敬一『刑法総論 [第 2 版]』(成文堂, 2007 年) 713 頁。

¹⁰ 大谷・前掲 188 頁。

¹¹ 山口厚『問題探求刑法総論 [初版]』(有斐閣, 1998 年) 141 頁。

¹² 前田雅英『刑法総論講義 [第 4 版]』(東京大学出版, 2006 年) 229 頁。

¹³ 山中・前掲 300 頁。

¹⁴ 大塚仁『刑法概説 [総論] [第 3 版増補版]』(有斐閣, 2005 年) 196 頁。

¹⁵ 判例時報 1108 号 138 頁。

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〉

「関連各証拠から・・・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・・・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」

V. 学説の検討

1. 実行の着手について

- (ア) 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実際上不可能であり妥当でない。
- (ウ) また、D説は行為者の主観を重視しすぎるため、A説と同様に妥当でない。
- (エ) また、E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。
- (オ) 未遂犯の処罰根拠を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、C説が妥当である。

2. 既遂犯の故意について

B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。

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、具体的経過は構成要件要素ではなく、故意を認めるために認識があったことが必要となるのは、行為の危険性、広義の相当性ないしは実行行為性だけであって、具体的経過に関する認識と客観的事実の食い違いは、故意の有無にも故意既遂の成否にも影響を及ぼさないとするが、因果関係は構成要件要素である以上、認識は必要である。

丙説は、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。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でない場合には、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。

したがって、因果経過の認識はむしろ故意の成立に不可欠であるが、ただしその錯誤の程度が構成要件的に符合しているかぎり因果経過の認識はそれを必要とするほど重要はでないから、乙説に立つべきである。

VI. 本問の検討

1. 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が、この行為に殺人罪の実行の着手が認められるか。Aを車ごと水中に転落させる前段階としてクロロホルムで意識を失わせるという行為は、抵抗がなければ事故に見せかけAを殺害するのに確実かつ容易といえるからXの計画上必要不可欠であり、拉致した場所から港までは約2キロメートルであり時速60キロメートルで移動しても5分程度であるから、時間的場所的近接性が認められる。そして、午後10時は夜中であるから港にはほとんど人がいないと考えられ、また、運転席に座らせてシートベルトを締めさせていることからたとえAが目覚めたとしても脱出することは困難と言えるから、第一行為に成功すれば殺害計画を遂行するうえで障害となるような特段の事情は存在しない。よって、第一行為と第二行為は密接な関連を有する一連の行為というべきであり、第一行為には殺人に至る客観的な危険性が認められ、Aの死亡という構成要件的结果の現実的危険性を惹起する行為と言えるから、Xには実行の着手が認められる。
2. そして、XがAにクロロホルムを吸引させた行為に因って、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。
3. さらに、第一行為と第二行為は一連の行為であり、Xには、第一行為を経て第二行為で殺害するという結果発生の現実的危険性を基礎づける事実の認識があることから、殺人の故意が認められる。
4. また、本問では、Xは主観的にはAを溺死させ客観的にはクロロホルムの大量吸引によって死亡させているがどちらも殺人罪という同一構成要件の範囲内において符合しているから、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。
5. 以上により、Xには殺人罪(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