

殺人罪の実行の着手時期と早すぎた結果の発生

（最高裁判平成一六年三月二二日第一小法廷決定。平成一五年(あ)第一六二五号、殺人、詐欺被告事件。刑集五八卷三号一八七頁、判時一八五六号一五八頁、判夕二四八号一八五頁）

奥村 正雄

【事実の概要】

被告人Xは、夫Aを事故死に見せかけて殺害し生命保険金を詐取しようと考え、被告人Yに殺害の実行を依頼した。報酬欲しさからこれを引き受けたYは、同様に報酬目当ての実行犯として仲間P、Q、Rの三名を加えた。なお、Xは、殺人の実行方法についてはYらに委ねていた。

Yは、実行犯三名の自動車をAの運転する自動車に衝突させ、示談交渉を装いAを犯人の車に誘い込み、クロロホルムを使い失神させた上、Aの車ごと崖から川に転落させ溺死させるといふ計画を立て、実行犯三名にこれを指示した。実行犯三名は、この計画を実行し、某市内の路上において、計画どおり、犯人使用車をAの車に追突させた上、示談交

渉を装いAを犯人使用車に誘い込み、多量のクロロホルムを染み込ませたタオルでAの鼻口部に押し当てるなどしてAを昏倒させた(第一行為)。その後、実行犯三名は、Aを約二キロメートル離れた港まで運んだが、Yを呼び寄せた上で、Aを海中に転落させることにした。そして、合流したYと実行犯三名は、ぐったりして動かなくなっているAをAの車の運転席に運び入れ、同車を岸壁から海中に転落させ沈め、Aを死亡させた(第二行為)。

なお、Aの死因は、溺水による窒息か、クロロホルム摂取による呼吸停止、心停止、窒息、ショック、肺機能不全なのかが特定できず、Aは海中転落前に第一行為により死亡していた可能性があった。

以上の事実に対し、被告人五名は、殺人罪、詐欺罪で起訴された。一審(仙台地裁平成一四年五月二九日)は、被告人らはAを「クロロホルム摂取に基づく呼吸停止、心停止、窒息、ショック若しくは肺機能不全又は溺水に基づく窒息により死亡させて殺害した」と判示し、殺人罪の共同正犯を認め、さらにXが他の者と共謀して死亡保険金約一億三、〇〇〇万円を詐取した点について詐欺罪の共同正犯の成立を認め、主犯格のXとYには無期懲役、実行犯のP、Q、Rには情状等を酌量してそれぞれ懲役二〇年、一八年、一三年を言い渡した。

これに対し、被告人X、Yと実行犯のうち二名が控訴した。Xは、被害者の死因はクロロホルム吸引に基づく呼吸停止または心停止である可能性があるところ、実行犯が被害者にクロロホルムを嗅がせたのは被害者を気絶させるためであり、殺人の故意はないから、傷害致死罪が成立するとどまり、実行行為者が傷害致死罪にとどまる以上、実行行為を行っていないXに殺人罪は成立することはなく、殺人罪の成立を認めた原判決は誤っているととして、事実誤認と量刑不当を主張した。

Yの控訴趣意は、殺人の故意がないほか、クロロホルムを嗅がせる行為は殺人の実行行為といえないから殺人罪に該当せず、一方で海中に転落させた時点では被害者は死亡していたから、殺人の不能犯となり、仮に殺人の実行行為が認

められても、殺人未遂罪が成立するにすぎないとして、事実誤認と量刑不当を主張した。

また、実行犯のうち一名(P)は、クロロホルムによるAの死亡は故意がなく傷害致死罪が成立すること、海中に転落させた行為は殺人の意思で死体遺棄罪に該当する行為を行ったもので故意が認められず不可罰である点で事実誤認があること、クロロホルム吸引行為と海中転落行為の二つの行為があり、それぞれの行為と死亡との間の因果関係を認めることができないから殺人未遂罪が成立するにすぎないのに、これを一体の行為とみて殺人既遂罪を認めた原判決には一九九条の適用を誤った法令適用の誤りがあること、懲役一八年の言渡しは量刑不当であることを主張した。さらに、もう一名(R)も、クロロホルム吸引行為時には殺意がなく、海中転落時にはAが死亡していた可能性があるから、傷害罪が成立するにすぎない点で原判決に法令適用の誤りがあること、詐欺の共謀はないのに共同正犯を認めた原判決には事実誤認がある等の主張をした。このように、被告人らは、一番の認めた殺人罪につき、殺意がなく傷害致死罪が成立するにすぎない等と主張した。

二審(仙台高判平成一五年七月八日)⁽¹⁾は、X、YおよびPの控訴を棄却し、Rの詐欺につき幫助に留まるとして一部破棄自判し、Rに懲役八年を言渡した。殺人罪の成否については、二審は、いずれの主張も退け、次のように判示した。

Yおよび実行犯らに「クロロホルムを吸引させる行為によって被害者が死亡した可能性があるところ、殺害の意図を有した上記被告人ら四名は、クロロホルムを吸引させる行為自体によって被害者を死亡させるという認識はなく、それによって死亡する可能性があるとの認識もなかった」が、「被告人ら三名としては、クロロホルムを吸引させる行為は、上記の被害者を拉致し自動車で転落させる場所まで運ぶのを容易にする手段にとどまらず、事故死と見せかけて溺死させるという予定した直接の殺害行為を容易にし、かつ確実に行うための手段にもなる」との考えを有していたものと、容易に推察できるといえる。」「そうすると、クロロホルムを吸引させる行為は、単に、被害者を拉致し転落場所に運ぶた

めのみならず、自動車ごと海中に転落させるという予定した直接の殺害行為に密着し、その成否を左右する重要な意味を有するものであって、被告人三名の予定した殺人の実行行為の一部をすでに成すとみなしうる行為であるといえることができる。」「被告人ら三名は、クロロホルムを吸引させる行為について、それが予定した殺害行為に密着し、それにとつて重要な意味を有する行為であると認識しており、殺人の実行行為性の認識に欠けるところはないといふべきであり、被告人ら三名がクロロホルムを吸引させる行為を行うことによつて、殺人の実行行為があつたと認定することができる。なお、その後、被害者を海中に転落させる殺害行為に及んでいるが、すでにクロロホルムを吸引させる行為により死亡していたとしても、それはすでに実行行為が開始された後の結果発生に至る因果の流れに対する錯誤の問題にすぎない。」「Yについても、被告人ら三名と同様、クロロホルムを吸引させる行為の殺人の実行行為性の認識に欠けるところはないといふべきであり、クロロホルムを吸引させる行為を行っていないとしても、共謀による殺人の共同正犯が認定できる。」「Xについては、……実行行為者らに殺人罪が成立する以上、被告人Xについても殺人の共同正犯が成立する。」と判示した。これに対し、XとYが上告し、実行犯らはクロロホルム吸引による殺害可能性を認識していないから、殺人の故意がなく、傷害致死罪が成立するにすぎない等と原審以来の主張を繰り返した。

本決定は、上告趣意はいずれも単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張であつて上告理由には当たらないとして、上告を棄却し、以下のように、判示した。

【決定要旨】

「被告人Yおよび実行犯三名は、第一行為自体によつてAが死亡する可能性があるとの認識を有していなかった、しか

し、客観的にみれば、第一行為は、人を死に至らしめる危険性の相当高い行為であった。

上記一の認定事実によれば、実行犯三名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてAを失神させた上、その失神状態を利用して、Aを港まで運び自動車ごと海中に転落させてでき死させるというものであって、第一行為は第二行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第一行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存在しなかったと認められることや、第一行為と第二行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第一行為は第二行為に密接な行為であり、実行犯三名が第一行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。

また、実行犯三名は、クロロホルムを吸引させてAを失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯三名の認識と異なり、第二行為の前の時点でAが第一行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるころはなく、実行犯三名については殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる。」

【研究】

I 問題の所在

本件は、クロロホルムの吸引行為（第一行為）後に、車を海中に落下させ溺死させる行為（第二行為）により被害者を殺害しようとしたが、死因が第一行為と第二行為のいずれによるものか特定できず第一行為による可能性があったと

いう、いわゆる「早すぎた結果の発生」の問題について、故意既遂犯の成立を肯定した最初の最高裁判例として重要である。本件は、第一行為により結果が発生したが、行為者が第一行為につき結果発生の危険性の認識がなく、さらに第二行為が必要であると思っていた事案である点に特徴がある。問題は、第一に、第一行為の開始時に殺人罪の実行の着手を認めうるか、第二に、危険性の認識のない第一行為の時点で殺人の故意を肯定し、殺人既遂罪を認めうるかにある。前者では殺人の「準備行為」が殺人の実行行為といえるか、後者では因果経過の錯誤が故意の存否に影響するかが問われる。もつとも、本件では殺人既遂罪の成否が問われており、実行の着手時期は本来問題にならないようにもみえる。しかし本決定では、第一行為と第二行為とは密接な一連の関係にあり、第一行為の開始時に結果惹起の客観的危険性が認められる以上はその後の因果経過の錯誤は故意の成立を妨げないと判断されていることから、実行の着手時期が前提問題となる。

II 実行の着手時期

実行の着手時期の判断につき、主観説は後退し、現在の学説は、客観説が主流である。しかし、その内部で、構成要件実現への確実性・自動性・近接性のある直前行為が開始時と解する（修正）形式的客観説、構成要件の結果の現実的危険を惹起する行為の開始時と解する実質的客観説（実質的行為説）、行為者の犯罪計画全体からみて行為が結果発生の具体的危険を惹起した時と解する折衷説、法益侵害の具体的危険の発生時と解する結果説等が鋭く対立している。さらに主観面も判断資料に加えるべきかについても、客観説内部で、否定説と肯定説が対立しており、肯定説は行為意思のみを考慮する説、故意・過失のみを考慮する説、行為計画も考慮する説と分かれている。このように、客観説の理論構造は様々であるが、構成要件の結果発生の危険性を具体的・実質的に判断する点では共通項がある。

判例がどのような基準で実行の着手時期を判断するのかについて、特に、本件のように、行為者が複数の行為を予定している場合に実行の着手時期が問題となった事例を中心にみておこう。

1. 殺人罪

①名古屋地判昭和四四年六月二五日は、被害者が夕食時に飲用する清酒やジュースの中に睡眠薬を混入して服用させ、四時間後、眠り込んだ被害者の顔を殴打して気絶させようとしたが、被害者が目を覚ましたため未遂に終わった事案につき、「これら一連の行為を広く統一的に観察し、最終的な現実の殺人行為そのもの以前において行われる行為についても、それらの行為によつてその行為者の期待する結果の発生が客観的に可能である形態、内容を備えている限りにおいては、前述したとおりその行為の結果は後に発生するであろう殺人という結果そのものに密接不可分に結びついているわけであり、従つてその行為は殺人の結果発生について客観的危険のある行為と謂うことができるから、その行為に着手したときに、殺人行為に着手したものとすることができる。」と判示した。同判決は、睡眠薬を飲ませ殴打する行為はそれ自体単独でみれば殺害結果の危険性が認められないが、犯人が意図した一連の殺害計画の一環であり、後に予定されている殺人行為と因果的に関連することにより結果発生の客観的危険性を有するとして、行為計画を考慮し、後の殺害行為との密接不可分性を理由に実行の着手を判断している。

②大阪地判昭和五七年四月六日は、後で殺害する目的で被害者の両手足を縛り上げ、寝袋へ入れ、ひもで縛り権利証等を強取した後、気絶させる目的で頭部をガラス製灰皿で数回殴打し傷害を負わせた事案につき、「本件殴打行為が、その後に予定されていた同女の殺意という行為そのものに密接不可分に結びついていると評価するのは困難であり、未だ殺人の結果発生について直接的危険性ないし現実的危険性のある行為とは認め難く、従つて、本件犯行をもつて、A殺害の実行の着手とみることはできない。」と判示して、強盗殺人未遂罪の成立を否定して強盗傷人罪の成立を認めた。同判決も、行為計画の考慮とその後の殺害行為との密接不可分性を問題にしているが、被告人らが殺害の具体的計画を

もたず、殴打行為と殺害計画の実行まで相当の時間的間隔（約一〇時間後）があり密接不可分性が認められないことを根拠に、殺人罪の実行の着手を否定した。

2. 強姦罪 強姦罪では、被害女性を自動車内に連れ込み他の場所に移動して姦淫する形態において、自動車内に連れ込む時点で実行の着手があるかが問題となる場合が少なくない。③最決昭和四五年七月二八日^④は、共犯者が被害女性をダンプカーの助手席まで連行し、強姦の意思を相通じた上、必死に抵抗する同女を同車内に引きずり込み、その後約五キロメートル先の工事現場に至り運転席内において姦淫したが、車内に引きずり込む際の暴行によりAに打撲傷を負わせた事案につき、「被告人が同女をダンプカーの運転席に引きずり込むとした段階においてすでに強姦に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において強姦行為の着手があつたと解するのが相当であり、また、Aに負わせた打撲傷等は、傷害に該当することは明らかであつて、以上と同趣旨の見解のもとに被告人の所為を強姦致傷罪にあたるとした原判断は、相当である。」と判示して、強姦の実行の着手を認め、強姦致傷罪が成立するとした。強姦罪のような結合犯について「引きずり込む行為」から姦淫までの間に時間的・空間的間隔が相当程度ある場合は、実行の着手の判断は容易ではない。同決定は、車内で姦淫するという被告人らの行為計画を重視し、引きずり込む行為は強姦の直接の手段ではないが、その段階でAが姦淫される具体的危険性が生じたと判断したのである。④名古屋高金沢支判昭和四六年一月一三日^⑤も、③と類似事案について、「同女が車内に引きずり込まれたならば、直ちに人氣の全くない場所に連行され被告人等の輪姦を受けることは必至の状況であつたと推認できる」ことを理由に、強姦行為の着手があつたと解している。

これに対し、第一行為（引きずり込み）が第二行為（姦淫）の実行に移行困難な事例については、第一段階での実行の着手は否定されている。⑤京都地判昭和四三年一月二六日^⑥は、通行中の女性を姦淫する目的で、無理やり被告人ら

の軽自動車に引きずり込まうとした際の暴行により傷害を負わせただけで逃亡したという事案につき、「右の如き被告人の暴行では、前記の自動車の狭隘さを考え併せると、抵抗するAを車内に引きずり込むことすら極めて不可能な状況にあったもので、同女が姦淫される具体的危険性はその段階では生じていたものとは認められないので、強姦の実行の着手があったものとは言えない。」と判示して、強姦致傷罪の成立を否定し傷害罪の成立を認めた。同判決は、被害者を引きずり込む行為の困難さを考慮し、暴行行為と強姦罪の構成要件的行為との密接性が低いと判断した。⑥大阪地判平成一五年四月一日も、強姦目的で被害女性を自動車内に連れ込む際に暴行を加えて傷害を負わせた事案につき、「本件事実関係のもとにおいては、結局、被告人がAを自動車内に連れ込むうとして加えた暴行につき『暴行又は脅迫を用いて姦淫した』^⑦といい得るだけの姦淫の結果への直接的危険があったとまでは評価することができず、本件においては、強姦行為の実行の着手はなかったものといわざるを得ない。」と判示して、③の判断枠組みに従い、被告人が強姦目的で被害者を自動車内に連れ込むうとしたことは認めながら、他の共犯者らの協力がなかったこと、被告人の犯意も強固なものでなかったこと、暴行の程度が強姦の手段としての暴行とはいいがたいこと等から、客観的事情と主観的事情を併せ考慮して強姦罪の実行の着手を否定した。

3. 放火罪 放火罪については、可燃物を撒布等する行為（第一行為）を行い、点火しようとする行為（第二行為）を行おうとしたが、第二行為の着手前の第一行為の段階で焼損した事案について、第一行為について放火罪の実行の着手が認められるかが問題となる。

⑦静岡地判昭和三九年九月一日は、^⑧店舗入口等にガソリン約五リットルを撒布した後マッチで点火しようとしたところ、撒布されたガソリンが可燃性蒸気となり店内の練炭コンロの火が燃え移り、焼損した事案につき、「被告人は本件建物焼燬の意思の下にガソリンを撒布したものであり、且つ右行為により本件建物の焼燬を惹起すべきおそれのある客

観的状态に陥つたものというべく、従つて被告人は放火の意思をもつて放火罪の構成要件に該当する行為を開始したものとみるのが相当である」と判示し、一〇八条の放火罪の成立を認めた。第一のガソリン撒布行為は放火の予備であるともいえるが、そうだとすると、その段階での着火は放火罪の実行の着手とはいえない。しかし、同判決は、第一行為の段階で行為者は企図したことの大半を終了しており焼損の現実的危険性があるという判断を示した。同様に、⑧広島地判昭和四九年四月三日は、「未だ点火前とはいへ、右は既に予備の段階をはるかに逸脱し、放火の実行の着手があつたものと解するのが相当である。」と判示し、⑨横浜地判昭和五八年七月二〇日は、ガソリン撒布の「段階において法益の侵害即ち本件家屋の焼燬を惹起する切迫した危険が生じるに至つたものと認められる」と判示している。このように、放火罪について、判例は、家屋の構造、材料の可燃性や量、室内の密閉性等を考慮し、何らかの火気が原因で火災が起ることは必定の状況にあることから、ガソリン等の撒布の段階で既に放火につき企図したところの大半を終えた」と判断し、その時点で実質的危険性の発生を肯定し放火罪の実行の着手を認めている。もつとも、⑩福岡地判平成七年一〇月一二日は、住居の玄関前のたき台の上に灯油を撒布したうえ、予めラッカー薄め液を振り掛けた新聞紙等の紙類を左手に持ち、右手で点火したライターをこれに近づけて着火したものの、その際、その火が左手に着用していたゴム手袋に掛かつていたラッカー薄め液に燃え移つた事案について、「このような不測の事態の発生により行為が中断されなければ、被告人が着火した右紙類をそのまま灯油の上に置いたであらうことは十分予測できる上、被告人自身もそのような意図に基づいて右行為に及んだと認められることからすると、被告人が予めラッカー薄め液を振り掛けた新聞紙等の紙類に着火した行為をもつて、甲方家屋を焼燬する具体的危険を発生させる行為を開始したものと評価することができる。」と判示して、実行の着手を認めた。本件では、灯油を撒いた第一行為の段階では、いまだ焼損の具体的危険の発生もなく、第二行為である灯油への点火行為もないが、同判決は、被告人にとり不測の事態の発生ではあるが、

ラッカー薄め液を振り掛けた紙類に着火した行為が焼損の具体的危険を発生させる行為の開始と評価して、実行の着手を肯定した。このような着火行為に及べば、行為者の意図も、因果経過も、着火した紙類を灯油が撒布されたたき台の上に置くのが自然であるといえることから、同判決は、行為者の意図に裏づけされた一連の行為として捉えた上で、具体的危険性を判断しているとの捉え方ができるように思われる。¹⁵⁾

以上のように、一般に、従来の判例は、複数行為が係わる事例において、行為を分断することなく一連のものとして捉えた上で、行為態様、時間的・空間的接近性等に加え、行為計画をも考慮して、第一行為による結果発生 of 具体的危険性がある場合は、第一行為の段階で実行の着手を肯定している。実行の着手時期の判断に際しての行為計画の考慮については、③事例等にみられるように、これを考慮するのが判例の一般的な態度といえよう。

4. 本決定の判断基準 本件の原審は、クロロホルム吸引行為を「単に、被害者を拉致し転落場所に運ぶためのみならず、自動車ごと海中に転落させて溺死させるといふ予定した直接の殺害行為に密着し、その成否を左右する重要な意味を有するものであって、被告人ら三名の予定した殺人の実行行為の一部をすでに成すとみなしうる行為」であると判示して、行為計画にあった第二行為である海中に落下させる行為と一体のものと解したうえで、クロロホルム吸引行為に殺人罪の実行の着手を肯定している。

これに対し、本決定は、従来の判例の流れに従いつつも、原判決と異なり、第一行為と第二行為を分けた上で両者の密接関連性を重視した判断を示し、第一に、第一行為が第二行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠であったこと、第二に、第一行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となる事情が存在しなかったこと、第三に、第一行為と第二行為の間の時間的・場所的接近性を理由にあげている。こうして、本決定は、①手段・目的による第一行為と第二行為の密接性、②行為計画（第一行為を前提とした第二行為による結果惹起）に基づく行為経過の障害のな

い流れ、③行為の時間的・場所的近接性の三要件で限定をかけることにより、結果発生のお客様的危険性を判断する態度を明確にして、「早すぎた結果の発生」の事例について判断し、第一行為の開始時に殺人罪の実行の着手があると認めたと。第一行為自体が殺害の危険性の高い行為であるといえる限り、それに殺人罪の実行行為性を肯定しうるであろう。¹⁴⁾

ところで、本決定の判断構造については、本決定が実行の着手時期に関する折衷説に立つものとの評価がある。しかし、判例が一般に行為計画全体というよりもむしろ客観面のみで結果発生の実質的危険性の判断が困難な場合に行為計画を行為の危険性判断に補充的に考慮している点からみて、本決定は、実質的客観説の中の行為計画も考慮する立場によるという理解の方が妥当ではないだろうか。さらに、密接性や行為計画の自動性を問題にしている点では、修正形式的客観説の行為計画も考慮対象とする立場に立っているとの評価も可能であろう。¹⁵⁾

III 早すぎた結果の発生

問題は、第一行為の後に行う第二行為により結果を惹起しようとする意思があり、第一行為の段階で実行の着手が認められる場合に、予想に反して結果が早く発生してしまったときに既遂犯の故意を認めうるかにある。この早すぎた結果発生事例について、従来の判例はどのように判断しているであろうか。

1. 従来の判例の態度

この事例については、前掲の放火罪に関する⑦、⑧、⑨、⑩の裁判例があり、いずれも第一行為の段階で予定より早く結果が発生した場合に、第一行為の段階で故意があることを前提に、第二行為と一体と捉えられる第一行為に構成要

件的結果発生の危険性が肯定され、その時点で実行の着手が認められる以上は、故意既遂犯の罪責を問えると解している。¹⁶⁾

殺人罪に関しては、裁判例が少ないものの、注目すべき事例が出てきている。¹⁷⁾東京高判平成一三年二月二〇日(ペランダ殺人事件)では、被害者の左胸部等に殺意で包丁を数回突き刺した上、逃げ出そうとした被害者をガス中毒死させる意図で連れ戻し、その後、隙を見て逃げ出しマンション九階のペランダの手すり伝いに隣部屋に逃げ込もうとした同人に掴みかかったところ、それを避けようとした同人がバランスを崩し転落して地上に激突し、死亡したという事案について、胸部突き刺しの第一行為の後に、掴みかかった第二行為により結果が発生したが、第二行為は連れ戻しのためであり、殺意はなく、その行為と被害者の死との間に因果関係はないのではないかが問題となった。同判決は、「刺突行為から被害者を掴まえようとする行為は、一連の行為であり、被告人には具体的内容は異なるものの殺意が継続しているのである上、被害者を掴まえる行為は、ガス中毒死させるためには必要不可欠な行為であり、殺害行為の一部と解するのが相当である」と判示して、被害者を掴まえようとする行為と被害者の転落行為との間に因果関係が存するとし、殺人罪の成立を認めた。

本件は、厳密には早すぎた結果発生事例とはいえないが、第二行為の後、さらにガス中毒死させる第三行為を予定していたという点でその類型の事例といえる。同判決は、被告人の殺意の内容が刺突行為による出血死からペランダから逃げようとする被害者を連れ戻しガス中毒死させることに変化しているが、殺意としては同一であることと、ペランダの手すり上にいる被害者に掴みかかる行為は一般に殺害行為とはいえないが、ガス中毒死させるために不可欠の行為であることから、殺害行為の一部として、刺突行為と掴みかかる行為を一連の殺害行為であると解し、実行行為の連続性を重視している。¹⁸⁾

以上のように、従来の下級審判例は、早すぎた結果発生 of 事例について、第一行為の段階で故意があり、実行の着手が肯定されると、その後の因果経過の錯誤は故意の成否に影響しないという立場をとっている。

2. 本決定の判断基準

本決定は、既述のように、①手段・目的による第一行為と第二行為の密接性、②行為計画（第一行為を前提とした第二行為による結果惹起）に基づく行為経過の障害のない流れ、③行為の時間的・場所的近接性を理由に、結果発生 of 客観的危険性を判断し、客観的に第一行為の開始時に殺人の着手があると認めた。その上で、被告人らには第一行為自体には被害者が死亡する可能性があると認識はなかったことと、第一行為の段階で死亡していた可能性があることを前提にしつつ、主観的に第一行為と第二行為を一連の殺人行為と捉え、実行為性の認識があれば、因果経過の錯誤があっても故意既遂犯が成立するとする、最高裁としては初めての判断を示した。

3. 学説

早すぎた結果の発生について、最近、構成要件の結果を惹起した第一行為の段階では、その行為により結果を惹起する意思がなくさらに第二行為を予定している以上、発生した結果について故意は認められないとする立場が有力に展開されている。この立場による早すぎた結果の発生 of 解決方法は一樣ではないが、第一行為による結果惹起につき既遂犯の成立を認めることに疑問を呈する点で共通している。¹⁹⁾

本決定の事案についても、この立場は、本決定が故意既遂犯を認めたことを批判する。²⁰⁾ その中で一つの立場は、第一行為は準備行為であり、そこから結果が発生する事態は実行犯にとり当初の計画と大きくずれずれる点で故意は認められな

いから、第一行為による死亡は過失の存在を前提に傷害致死罪の成立にとどまるとする故意不特定説である。^①この見解は、行為者の故意が第一行為にも第二行為にも継続しており、しかもこれらの行為が「密接な行為」であっても、故意と行為を分離して判断するものであり、個別行為責任の趣旨に反するように思われる。

もう一つの立場は、実行犯らはさらなる行為を予定する意思がある点で、既遂故意は認められないが、未遂故意は存在し、未遂犯の成立可能性を肯定する故意未遂犯説が有力に展開されており、理論的にも注目される。

そのうち、「手放し理論」説によると、本件では第一行為で死亡させる意味でも、引き続き「密接な」第二行為を行い死亡させるという意味でも客観的危険性があり、かつ、「密接な」行為を経て殺害しようとする意思をもっている以上は、予備を超えて、未遂犯の成立に必要な故意は十分に認められる。しかし、既遂犯の構成要件とこれを修正した未遂犯の構成要素とは、法益侵害がない点で異なるほか、実行行為の点でも両者は異なる。すなわち、「既遂犯の構成要件該当行為」＝実行行為は、いわゆる手放し、すなわち、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でなければならない」とすると、既遂犯の故意と未遂犯の故意とは当然異なり、着手未遂の場合は、「自己」の行為が完成しておらず、結果を発生させるためには別の行為を行わなければならないという意識状態では、本人がいかに確定的・最終的なものと思いい、かつ、現実にそれが最初の目的どおり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べきではない」とする。この説に対しては、日本の刑法は着手未遂と実行未遂を区別していないから、両者を区別し、手放し行為の内容とする実行未遂行為でなければ既遂犯の実行行為でないとすることは解釈論上困難であるとする批判^②が妥当する。さらに、この説によると、実行の着手段階の殺意は、予備段階の殺意と同質ということになる。その例として、例えば、多量の睡眠薬で眠らせた後にナイフで殺害しようとして、現実に眠らせたが、ナイフを使う時点で思い直して傷害の意思で行為した場

合、たとえその傷害で過つて死亡させたとしても故意殺人罪は認められないのと同様に、クロロホルム吸引行為により死ぬ危険性の認識がない以上殺人の故意は認められないとする。たしかに、多量の睡眠薬の事例のようにそれ自体客観的に結果発生の危険性がなく、まだ予備段階といえる場合であり、結果発生には別の行為を行う必要がある場合には既遂に向けられた故意を認めるべきではない。しかし、本件のクロロホルム吸引はそれ自体客観的に結果発生の危険性があると認定された行為であり、睡眠薬事例と同列に論じるわけにはいかない。もつとも、行為それ自体に客観的に危険があれば故意が認められるわけではないことはむろんである。例えば、クロロホルムを吸引させて失神した状態の被害者から物を盗ろうと計画し、吸引させたところ死なせてしまったというような場合には、クロロホルム吸引行為自体に結果発生の客観的危険性があつても、死の結果発生について故意は認められない。しかし、本件のように、第一行為の段階で殺意がある以上、たとえ行為者が第一行為だけで死ぬ危険性の認識がなく、まだ手放していないと認識していても、構成要件の故意の存在は否定されるわけではない。なぜなら、構成要件の故意は、行為者の個々の身体活動をコントロールして結果を実現する個別の認識、実現意思ではなく、実行行為全体（本件では第一行為と第二行為）と最終結果について、これらを認識し実現する意思があれば足り、現実の因果経過の認識まで必要ないといえるからである。この点、前掲①のベランダ転落死事件では、第一行為の刺突行為の段階で殺意と殺人の実行の着手があり、掴まえる第二行為から転落死した点については、掴まえる行為はその後の中毒死させるための連れ戻し目的であつても、その行為自体、被告人から逃れようとする被害者にとつて墜落死する危険性の高い行為であり、被告人には少なくとも墜落死の危険性の認識がある以上、刺突行為が最終結果（墜落死）への現実的危険性を生じさせるものであるときは、被告人にとり因果経過が予想外であつたとしても、故意の成立に影響しないであらう。

次に、故意未遂犯説の第二は過及禁止論の立場からの立論である。この説は、「手放し理論説」と同様に、構成要件

は既遂犯と未遂犯とで異なるので、実行行為は両者で同一でないと解して、故意未遂犯の成立は認められるとしたうえで、第二行為（法益侵害行為）が既遂犯の構成要件該当行為（実行行為）である以上、第二行為を内心で留保している以上、第一行為の着手では未遂犯が成立するにすぎないとする（その結果、殺人未遂罪と重過失致死罪が成立し、両者は包括一罪で後者が前者に吸収される関係になる）。この説に対しては、結果帰属、正犯と共犯の区別の基準となる遡及禁止論が故意の判断基準となるのが不明であるとする批判²⁵⁾、客観的に現実的危険性のある第一行為を実行したにもかかわらず、犯行計画の中で第二行為を留保したことが故意を否定することになるという未遂犯において遡及禁止論の修正が行われる根拠が明らかではないとする批判²⁶⁾、直接的な侵害を留保した点で相当因果関係の認識を欠くのであれば、行為者の主観面では現実的危険性がないことになり、およそ故意犯の成立が認められないことになるとする批判²⁷⁾、人間が自己の行為を完全にコントロールできるものでない以上、最後の最後まで因果経過を行為者がコントロールしていたことを既遂の要件とするのは過度の要求であるとする批判²⁸⁾、結果を直接惹起した故意以前の行為について、遡及禁止により結果との間の相当因果関係が否定されるというのは客観的に存在するものを存在しないというに等しいとする批判²⁹⁾が加えられている。さらに、着手未遂であると実行未遂であるとを問わず、特に論者の結果説からは、着手未遂においても危険結果が発生している点で、結果発生 of 具体的危険が肯定されるはずである。そうだとすると、遡及禁止論においても、既遂犯とパラレルに、危険結果から行為へと帰属可能な行為へ遡及されることになりはしないかと思われる点で、疑問がある³⁰⁾。

故意未遂犯説の三は、故意には構成要件の結果の認識という要素と実行行為の性質の認識という要素が必要であるとし、実行行為については①抽象的危険に至るとの認識である予備故意、②具体的危険に至るものとの認識である未遂故意、③危険の実現に至るとの認識である既遂故意に区別し、本件では未遂故意で既遂結果が発生したので、刑法三八条

二項により殺人未遂罪が成立するという見解^①である。しかし、未遂犯においても③の結果実現の意思で実行行為に着手するわけであり、単なる結果発生の危険性の認識では過失にとどまることもあるため、②と③の区別は疑問である。

このように、故意未遂犯説について、いずれも疑問がある。ところで、刑法の行為規範性を重視する立場からは、犯罪成立の第一要件は実行行為の存在であり、その確定から判断すべきことになる。未遂犯の構成要件は、既遂犯の基本的構成要件を前提にこれを修正したものであり、実行行為は基本的構成要件に該当する行為である点で既遂犯も未遂犯も内容は同一であり、構成要件の故意の内容も同一である。そして、未遂犯の処罰根拠を法益侵害を惹起する行為の客観的危険性に求める以上、構成要件の予定する法益侵害の現実的危険性を有する実行行為の開始が実行の着手時期ということになる。

それゆえ、本件のように、第一行為に着手後、第二行為を予定しているが、両者が時間的・空間的に「密接な」関係にあり連続しているときは、両者を分断してそれぞれにつき故意の成否を問題とすべきではなく(さもないと、例えば、拳銃で足を撃つた後に頭部を撃つて死亡させる計画の場合、第一行為で死亡したら、傷害致死罪が成立するという結論になってしまう)、第一行為時に最終結果発生の故意を肯定でき、第二行為を予定していても故意を否定する理由にはならない。それゆえ、第一行為に実行行為と結果発生の故意が肯定され、第一行為が最終結果の現実的危険性を生じさせるものであるといえる限り、たとえ、第一行為から予想に反して結果が早く発生したとしても、故意既遂犯の成立を認めることができるといえる。本件の実行犯らは、第一行為から実行行為を行う認識と結果の認識がある点で殺意が確定的に存在し、しかも第二行為も密接に行い、殺害目的を達成しているので、故意既遂犯の成立を肯定した本決定は妥当であろう。

IV 本決定に対する評価

本決定に対する評釈の中で、既述のように、その結論に反対し故意の成立を否定する見解と故意未遂犯の成立を認める立場が見られるが、多くは賛成論³²⁾に立っている。もともと、賛成論の立場から、本決定の結論自体の正当性を認めつつも、その論拠が第一行為段階で殺人の実行の着手が認められることを援用している点を批判する見解³³⁾がある。その理由は、本決定が実行の着手と実行行為を同一視して実行行為の開始を実行の着手時期と解しているが、両者の概念は異なるので（実行の着手は未遂犯の処罰にたる結果発生の客観的危険性の存否を問う概念であるのに対して、実行行為は既遂結果発生の因果関係の起点となる行為である）、相当因果関係の存在を前提とした故意の存否という観点から解決すべきであり、未遂犯の成否に関する基準で解決するのは問題の本質をすり替えることになるからであるとする。しかし、既述のように、両概念は異なるものの、実行行為の開始が実行の着手時期であると解すべきであるとすれば、その段階で故意が及んでおれば、その後の因果経過の錯誤は重要でないと考えられるため、実行の着手の有無が故意既遂犯の成否の重要なファクターとなる。

本決定は、早すぎた結果発生の事例の解決について、実行行為と実行の着手の意義および因果関係の錯誤に関する通説的見地から、①行為の密接性、②行為経過の自動性、③行為の時間的・場所的近接性による結果発生の客観的危険性を判断するとともに、結果実現を予定していた第二行為より早い段階の第一行為により結果が発生したという因果関係の錯誤は、行為者の認識・予見事情と発生意実とが同一構成要件の範囲内に属する限り故意が認められるとする立場を最高裁として明らかにしたもので、複数行為がかかわる早すぎた結果発生の事例解決のリーディング・ケースとなろう。

殺人罪の実行の着手時期と早すぎた結果の発生

同志社法学 五九卷六号 五六二（二九七四）

- (1) 判時一八四七号一五四頁。
- (2) 判時五八九号九五頁。
- (3) 判タ四七七号二二二頁。
- (4) 刑集二四卷七号五八五頁。
- (5) 刑裁月報三卷二二号一六一三頁。その他、東京高判昭和四七・四二・二六判タ二七九号九二頁、東京高判昭和四七・二二・一八判タ二九八号四四一頁も同様。
- (6) 判時五四三号九二頁。
- (7) 判タ一二二六号二八四頁。
- (8) 下刑集六卷九二一〇号一〇〇五頁。
- (9) 判タ三二六号二八九頁。
- (10) 判時一一〇八号一三八頁。
- (11) 判タ九一〇号二四二頁。
- (12) 判タ九一〇号二四二頁の解説参照。
- (13) 窃盗未遂事例につき、最決昭和四〇・三・九刑集一九卷二二六九頁。奥村正雄「窃盗罪における実行の着手」刑法判例百選Ⅰ〔四版〕一二八頁、同「未遂犯における危険概念」刑法雑誌三三卷二二二（一九九三）二一九頁。
- (14) 本決定と同様の判断枠組みにより第一行為の時点で行行の着手を認めた事例として、名古屋高判平成一九年二月一六日（判タ一二四七号三四二頁）がある。なお、危険創出行為により実行の着手が認められとする見解に立ちつつ、第一行為と第二行為の連続性が欠ける場合は時間的・場所的接着性がなく、実行の着手が認められないとして、本決定の事案では両行為の間に車の運転等の一般的生活行為を介しており、時間的・場所的離隔があるからという理由で第一行為に実行行為性を否定する説として、山中敬一『ロースクール講義刑法総論』（成文堂、二〇〇五）一八四頁。
- (15) 小川新一「判例解説」研修六七三三（二〇〇四）一五頁、高橋則夫『規範論と刑法解釈論』（成文堂、二〇〇七）七〇頁。
- (16) 安田拓人「実行の着手と早すぎた結果発生」ジュリスト二二九一（二〇〇五）一五八頁。
- (17) 判時一七五六号一六二頁。一審は、殺意は被害者がベランダから転落死するまでの間一貫して継続しており、また、被告人が被害者に掴

みかかった行為と被害者の死亡との間の因果関係があるとして、殺人罪の成立を認めた。

(18) なお、本件は、弁護側から上告されたが、最決平成一三・六・二五が上告を棄却している。佐藤弘規〔判例解説〕研修六四七号(二〇〇二)一八頁参照。

(19) 林幹人「早過ぎた結果の発生」判例時報一八六九号(二〇〇四)三頁、山口厚『新判例から見た刑法』(有斐閣、二〇〇六)七六頁、高橋・前註(15)六二頁、門田成人「早過ぎた結果実現の故意への帰属」法学セミナー五九四号(二〇〇四)一一六頁。

(20) 検討の詳細は、奥村正雄「実行行為概念の意義と機能」刑法雜誌四五卷二号(二〇〇六)一〇三頁。

(21) 門田・前註(19)一一六頁。

(22) 林・前註(19)五頁。

(23) 板倉宏「早過ぎた構成要件の実現」日本大学法科大学院法務研究二号(二〇〇六)一一二頁。

(24) 山口・前註(19)八六頁。

(25) 山中敬一「いわゆる早過ぎた構成要件実現と結果の帰属」板倉博博士古稀祝賀論文編集委員会編『現代社会型犯罪の諸問題』(勁草書房、二〇〇四)一一二頁。

(26) 山中・前註(25)一一二頁、佐久間「実行行為と故意の概念」法曹時報五七卷二二号(二〇〇五)一六頁、佐藤拓磨「早過ぎた構成要件の実現について」法学政治学論究六三号(二〇〇四)二四六頁。

(27) 佐久間・前註(26)一六頁。

(28) 佐藤・前註(26)二四七頁、佐伯仁志「故意論(3)」法学教室三〇一号(二〇〇五)四〇頁。

(29) 板倉・前註(23)一一頁。

(30) もっとも、山口教授は、最近、『刑法総論』(二版)〔有斐閣、二〇〇七〕二二六頁において、「当初の犯行計画に基づき予定され、密接な関係において行為者自身により遂行される一連の行為については、それらを実質的に一体のものと把握することが可能な限りにおいて、そうした一連の行為を開始する段階ですでに故意を認め、一連の行為のいずれかにより惹起された結果について既遂犯の成立を肯定すること」ができることとされ、一連の実行行為を一体として把握し、その全体が一体的に禁止されている以上、法益保護の要請から、構成要件の結果を惹起しうるものに限定せず、結果惹起に密接かつ重要な行為も含め、実行行為を拡張するとともに、故意も拡張されることになるといえるから、一連の行為を行う故意があれば既遂犯の成立を認めうる」として、改説されている。なお、島田聡一郎「早過ぎた結果発生」刑法の争点

殺人罪の実行の着手時期と早すぎた結果の発生

同志社法学 五九卷六号 五六四 (二九七六)

(二〇〇七) 六七頁。

(31) 高橋・前註(15) 七三頁。その他、故意未遂犯の成立を認めるべきであるとする見解として、清水晴生「実行為性の認識に関する符合判断について」白鷗法学二四号(二〇〇四) 四三頁以下。

(32) 板倉・前註(23) 一頁、小川・前註(15) 二〇三頁、奥村正雄「殺人罪の実行の着手時期と早すぎた構成要件の実現」判例セレクト二〇〇四(二〇〇五) 三二頁、川端博「早すぎた構成要件の実現」研修六八八号(二〇〇五) 三頁、吉川崇「判例解説」警察公論二〇〇四年九号(二〇〇四) 一〇九頁、佐久間・前註(26) 一頁、十河太郎「判例解説」受験新報六四七号(二〇〇五) 一四頁、高森高德「判例解説」研修六七二号(二〇〇六) 二〇三頁、橋爪隆「殺人罪の実行の着手と早すぎた構成要件実現における殺人既遂の成否」ジュリスト一三二二号(二〇〇六) 一三四頁、日高義博「実行の着手と早すぎた結果の発生」専修ロージャーナル創刊号(二〇〇六) 一三三頁、平木正洋「判例解説」ジュリスト二二八四号(二〇〇五) 一三四頁、福田平「刑法解釈学の諸問題」(有斐閣、二〇〇七) 七八頁、前田雅英「最新重要判例二五〇刑法」六版(二〇〇七) 一三頁、安田・前註(16) 一五七頁。

(33) 橋爪・前註(32) 二三八頁。

〈参考文献〉

本決定の判例評釈に関する文献として、以下のものがある。

板倉宏「早すぎた構成要件の実現」日本大学法科大学院法務研究二号(二〇〇六) 一頁、小川新一「判例解説」研修六七三号(二〇〇四) 三頁、奥村正雄「殺人罪の実行の着手時期と早すぎた構成要件の実現」判例セレクト二〇〇四(二〇〇五) 三二頁、門田成人「早すぎた結果実現の故意への帰属」法学セミナー五九四号(二〇〇四) 一六頁、川端博「早すぎた構成要件の実現」研修六八八号(二〇〇五) 三頁、吉川崇「判例解説」警察公論二〇〇四年九号(二〇〇四) 一〇九頁、佐久間修「実行為と故意の概念」法曹時報五七卷二二号(二〇〇五) 一頁、清水晴生「実行為性の認識に関する符合判断について」白鷗法学二四号(二〇〇四) 四三頁、十河太郎「判例解説」受験新報六四七号(二〇〇五) 一四頁、高橋則夫「規範論と刑法解釈論」(成文堂、二〇〇七) 五九頁、高森高德「判例解説」研修六七二号(二〇〇六) 二〇三頁、橋爪隆「殺人罪の実行の着手と早すぎた構成要件実現における殺人既遂の成否」ジュリスト一三二二号(二〇〇六) 一三四頁、林幹人「早すぎた結果の発生」判例時報一八六九号(二〇〇四) 二〇〇三頁、日高義博「実行の着手と早すぎた結果の発生」専修ロージャー

ナル創刊号（二〇〇六）一三三頁、平木正洋〔判例解説〕ジュリスト二二八四号（二〇〇五）一三四頁、福田平『刑法解釈学の諸問題』（有斐閣、二〇〇七）七八頁、前田雅英『最新重要判例二五〇刑法（六版）』二三頁、安田拓人「実行の着手と早すぎた結果発生」ジュリスト二九一号（二〇〇五）一五七頁、山口厚『新判例から見た刑法』（有斐閣、二〇〇六）七六頁、山中敬一「いわゆる早すぎた構成要件実現と結果の帰属」板倉宏博士古稀祝賀『現代社会型犯罪の諸問題』（勁草書房、二〇〇四）九七頁。

〔付記〕 本稿の校正段階で、塩見淳「早すぎた結果の発生」刑法判例百選Ⅰ総論〔第六版〕（二〇〇八）一三〇頁を得た。