

Title	故意既遂罪における帰責判断の枠組みと「実行の着手」： 最高裁平成16年3月22日決定の検討を手がかりにして
Sub Title	
Author	鈴木, 左斗志(Suzuki, Satoshi)
Publisher	有斐閣
Publication year	2023
Jtitle	山口厚先生古稀祝賀論文集 (2023. 11) ,p.255- 270
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BD04738272-20231200-0255

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

故意既遂罪における帰責判断の枠組み と「実行の着手」

——最高裁平成16年3月22日決定の検討を手がかり
にして

鈴木左斗志

- I 本稿の目的
- II 危険の現実化と故意との連関性——因果関係の錯誤？
- III 既遂罪における故意の認定
- IV 結論——故意既遂罪における帰責判断の枠組みについて

I 本稿の目的

1 最高裁平成16年3月22日決定に示された判断

(1) 最高裁平成16年3月22日決定(刑集58巻3号187頁。以下では「平成16年決定」と引用する)において認定された事実関係は、つぎのようなものであった。「被告人Xは、夫のVを事故死に見せ掛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、被告人Yは、報酬欲しさからこれを引き受けた。そして、被告人Yは、他の者に殺害を実行させようと考え、Z₁、Z₂及びZ₃(以下「実行犯3名」という。)を仲間に加えた。被告人Xは、殺人の実行の方法についてはYらにゆだねていた。被告人Yは、実行犯3名の乗った自動車(以下「犯人使用車」という。)をVの運転する自動車(以下「V使用車」という。)に衝突させ、示談交渉を装ってVを犯人使用車に誘い込み、クロロホルムを使ってVを失神させた上、M川付近まで運びV使用車ごと崖から川に転落させてでき死させるという計画を立て、平成7年8

月18日、実行犯3名にこれを実行するよう指示した。実行犯3名は、助手席側ドアを内側から開けることのできないように改造した犯人使用車にクロロホルム等を積んで出発したが、Vをでき死させる場所を自動車で1時間以上かかる当初の予定地から近くのI工業港に変更した。同日夜、被告人Yは、被告人Xから、Vが自宅を出たとの連絡を受け、これを実行犯3名に電話で伝えた。実行犯3名は、M県I市内の路上において、計画どおり、犯人使用車をV使用車に追突させた上、示談交渉を装ってVを犯人使用車の助手席に誘い入れた。同日午後9時30分ころ、Z₁が、多量のクロロホルムを染み込ませたタオルをVの背後からその鼻口部に押し当て、Z₁もその腕を押さえるなどして、クロロホルムの吸引を続けさせてVを昏倒させた（以下、この行為を「第1行為」という。）。その後、実行犯3名は、Vを約2km離れたI工業港まで運んだが、被告人Yを呼び寄せた上でVを海中に転落させることとし、被告人Yに電話をかけてその旨伝えた。同日午後11時30分ころ、被告人Yが到着したので、被告人Y及び実行犯3名は、ぐったりとして動かないVをV使用車の運転席に運び入れた上、同車を岸壁から海中に転落させて沈めた（以下、この行為を「第2行為」という。）。Vの死因は、でき水に基づく窒息であるか、そうでなければ、クロロホルム摂取に基づく呼吸停止、心停止、窒息、ショック又は肺機能不全であるが、いずれであるかは特定できない。Vは、第2行為の前の時点で、第1行為により死亡していた可能性がある。被告人Y及び実行犯3名は、第1行為自体によってV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1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」。

以上のような事実関係に対して、最高裁はつぎのような判断を示した。「実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上、その失神状態を利用して、V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1行為は第2行為を確実に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1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しなかったと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1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3名は、クロロホルムを吸引させてV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3名の認識と異なり、第2行為の前の時点でVが第1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となく、実行犯3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。そして、実行犯3名は被告人兩名との共謀に基づいて上記殺人行為に及んだものであるから、被告人兩名もまた殺人既遂の共同正犯の罪責を負うものといわねばならない」。

(2) (a) 最高裁の認定によれば、本件の被害者は、「第2行為の前の時点で、第1行為により死亡していた可能性がある」。そのため、本件において殺人既遂の罪責を肯定するためには、被害者が「第2行為の前の時点で、第1行為により死亡していた」という場合であったとしても殺人既遂を認めうるような条件が充足されていなければならない。他方で本件の第2行為は、かりにそれによって被害者が死亡したとすれば、当然に殺人既遂の成立要件を充足している。そして本件では、被害者の死因について「でき水に基づく窒息であるか、そうでなければ、クロロホルム摂取に基づく呼吸停止、心停止、窒息、ショック又は肺機能不全である」ということまでは認定されているので、第1行為が前記の条件を充足していれば、被害者死亡に対する第1行為・第2行為それぞれの具体的な影響関係が不明であったとしても、第1行為・第2行為の両方に対して共同正犯としての関与を肯定できる被告人については、殺人既遂の罪責を認めるために必要十分な条件が充足されていることになる。

以上によれば、平成16年決定における殺人既遂という結論を導き出すにあたっての理論的な焦点は、〈第1行為のみによって被害者が死亡したという場合であったとしても、殺人既遂の成立を認めうるための条件〉ということになる。

(b) 本件の「被告人Y及び実行犯3名は、第1行為自体によってVが死亡する可能性があるとの認識を有していなかった」。このことを前提にしたうえで上記条件として最高裁が提示したのは、つぎの①②である。

- ① 第2行為によって生じうる被害者死亡結果に対して、「第1行為を開始した時点で……殺人罪の実行の着手があった」と認められること。
- ② 上記①によって着手された「一連の殺人行為」について、実行犯3名が「その目的を遂げた」こと。

最高裁によれば、上記②が認められる場合、「実行犯3名は、……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3名の認識と異なり、第2行為の前の時点でVが第1行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはなく、実行犯3名については殺人既遂の共同正犯が成立する」。

2 問題点

平成16年決定によって殺人既遂罪成立の条件として示された前記①②(1)(2)(b)のうち、①の「実行の着手」とは、本来は未遂罪の成立要件(刑43条本文)である。それにもかかわらず、どうして既遂罪成立について要求されたのかという理由は、判示内容だけからは必ずしも明らかではないように思われる。

また、②の「目的を遂げた」ということが、具体的にどのような事情の下で認められるのかという点についても、判示内容だけからは必ずしも明らかではないように思われる。たとえば、つぎのような事例はどのように解決されることになるのだろうか。

事例A

平成16年決定の事案と同じ殺害計画・状況で、Vにクロロホルムを吸引させて昏倒させ、I工業港に向かっていたところ、整備不良のために車が故障し、道路脇の電柱に激突した。これによってVは死亡したが、その死因は、頭部打撲による外傷性くも膜下出血と脳挫傷だと認定された。

この事例Aの場合にも、被害者にクロロホルムを吸引させて昏倒させる行為を開始した時点で「殺人罪の実行の着手」が認められることになると思われる。しかし事例Aの場合、「一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げた」という評価が当てはまることになるのかは、判示内容だけからは必ずしも明らかではないように思われる¹⁾。

3 調査官解説による理論的説明

(1) 以上のような問題に対して、平成16年決定の調査官解説では、つぎのような理論的説明が示されている。

(a) 最初に、平成16年決定において問われた問題の内容が、つぎのように明確化されている。「本件……のように、犯人がある犯罪の実行行為を開始したところ、犯人が認識していたよりも早い時点で当該犯罪の既遂の結果が発生したという事例は、『早過ぎた結果の発生』の事例と呼ばれている。……早過ぎた結果の発生の事例においては、①犯人につき当該犯罪の故意を認めることができるか、②犯人につき当該犯罪の既遂罪の成立を認めることができるかが問題になる」²⁾。

(b) 上記を踏まえたうえで、「実行の着手」が要求された理由については、つぎのように説明されている。「犯人がある犯罪の実行に着手する前の予備の段階で既遂の結果が発生した場合には、既遂の結果が当該犯罪の実行行為から発生したとは認められないので、当該犯罪(既遂罪及び未遂罪)が成立することはあり得ず、早過ぎた結果の発生の問題を検討する必要はない(例。Aが、隣室にいるVを射殺しようと企て、けん銃の手入れをしていたところ暴発し、Vに弾丸が命中してVが死亡したという事例において、けん銃の手入れをする行為は殺人罪の予備に当たる行為にすぎないと解するならば、殺人罪の故意の点を問題にするまでもなく、Aに対し殺人罪は成立しないことになる)。早過ぎた結果の発生が問題となるのは、犯人が当該犯罪の実行に着手した後に犯人の認識よりも早い時点で既遂の結果が発生した場合(当該の構成要件該当行為に至る前の『密接な行為』の段階で上記結果が発生したような場合)であるため、早過ぎた結果の発生の問題は、実行着手の時期の問題と連動している面があるといえる」³⁾。

(c) さらに、「一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げた」(平成16

1) もっとも、結論だけで考えれば、殺害計画遂行のために準備したものに不備があったというにすぎないのであるから、平成16年決定の判断を前提にする以上、事例Aの状況での殺人既遂罪成立にはそれほど疑問は生じないのではないかと思われる。

2) 平木正洋・最判解刑事事篇平成16年度175-176頁。以下では、同解説を「最判解刑(平16)[平木]」と引用する。

3) 前掲注2)最判解刑(平16)176頁[平木]。

年決定)という判断の内容については、つぎのように説明されている。

まず、「通説的見解」が「早過ぎた結果の発生の問題」をどのように解決しているのかが確認されている。「通説的見解は、早過ぎた結果の発生の問題を因果関係の錯誤の問題の一類型であると解している。……通説的見解は、実行行為から既遂の結果に至るまでの因果の経過が故意の対象になるとの前提に立った上で、……本件のように、実行行為の一部たる準備的行為自体に既遂の結果を発生させる客観的な危険性があり、かつ、準備的行為から直接既遂の結果が発生した場合には、犯人が認識した因果の経過と実際の因果の経過との間に食い違いがあったとしても、その食い違いは構成要件の評価においては重要ではなく、故意を阻却しないとの限度においては、……一致しているものと思われる(以下、このような趣旨で『通説的見解』の語を用いることとする)。通説的見解によれば、本件では、実行犯3名及び被告人兩名について殺人(既遂)罪が成立することになる」⁴⁾。

以上を前提にしたうえで、つぎのような説明が示されている。「実行犯3名は、第1行為によって被害者が死亡する可能性があるとの認識を有していなかったとはいえ、第1行為を開始した時点で、上記の一連の殺人行為(実行行為)により被害者を殺害するという意思を有していたことは明らかであり、殺人の故意としては、これで十分であると考えられる。また、本件においては、本決定が、『客観的にみれば、第1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。』と判示していることから明らかであるように、第2行為により被害者が死亡するという実行犯3名の因果の経過に関する認識と、第1行為により被害者が死亡したという実際の因果の経過との食い違い(因果関係の錯誤)は、実行犯3名の殺人の故意を阻却しなければならないような重大なものではなかったといえる。したがって、早過ぎた結果の発生の問題に関する通説的見解によれば、実行犯3名(及び被告人兩名)において殺人の故意に欠けるところはないと解される。……本決定は、具体的な理由を詳細には説示していないが、『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』と判示していることからすると、以上の点を踏まえ、通説的見解の

4) 前掲注2) 最判解刑(平16)177頁[平木]。

ような考え方を前提として、被告人兩名につき殺人の故意を肯定した上殺人（既遂）罪の成立を認めたものであると推測される⁵⁾。

(2) 以上の説明によれば、平成16年決定が既遂罪成立要件として「実行の着手」を要求した理由は、

- ④ 「早過ぎた結果の発生が問題となる」⁶⁾事案であることを確定させるため（「犯人がある犯罪の実行に着手する前の……段階で既遂の結果が発生した場合には、既遂の結果が当該犯罪の実行行為から発生したとは認められないので、当該犯罪（既遂罪及び未遂罪）が成立することはあり得ず、早過ぎた結果の発生の問題を検討する必要はない」⁷⁾から）

であるとともに、

- ⑤ 実行犯3名が「第1行為を開始した時点で」有していた「意思」が、「殺人の故意としては……十分である」⁸⁾ことを基礎づけるため

である。

また、「一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げた」（平成16年決定）という判断は、

- ⑦ 上記⑤の「故意」について問題になる「因果関係の錯誤」が、「実行犯3名の殺人の故意を阻却しなければならないような重大なものではなかった」⁹⁾ということを示したものであり、
- ⑧ その判断の根拠は、「実行行為の一部たる準備的行為自体に既遂の結果を発生させる客観的な危険性があり、かつ、準備的行為から直接既遂の結果が発生した」¹⁰⁾点にある

ということになる。

4 本稿における検討

(1) 以上のような調査官解説の説明に対しては、つぎの(a)(b)の疑問がありうるように思われる。

-
- 5) 前掲注2) 最判解刑（平16）181-182頁〔平木〕。
6) 前掲注3) に対応する引用を参照。
7) 前掲注3) に対応する引用を参照。
8) 前掲注5) に対応する引用を参照。
9) 前掲注5) に対応する引用を参照。
10) 前掲注4) に対応する引用を参照。

(a) 「犯人がある犯罪の実行に着手する前の……段階で既遂の結果が発生した場合には、既遂の結果が当該犯罪の実行行為から発生したとは認められないので、当該犯罪（既遂罪及び未遂罪）が成立することはあり得〔ない〕」という主張（3(2)④）には、どのような理論的根拠があるのだろうか。

上記の「当該犯罪（既遂罪及び未遂罪）」のうち、未遂罪については、「犯罪の実行に着手」（刑43条本文）する前の段階である以上、「成立することはあり得〔ない〕」のは当然だと思われる。しかし、既遂罪が、その成立について、未遂罪の成立（「犯罪の実行に着手し」〔刑43条本文〕への該当）を必須の前提にしているのかは、必ずしも一義的には明らかではないのではなかろうか（既遂罪が成立する場合には、それに先立って、常に未遂罪の成立が認められなければならないのだろうか）。

かりに上記のような疑問に理由がありうるとした場合、さらに進んで、「殺人罪の実行の着手」¹¹⁾が認められれば「殺人の故意としては……十分である」（3(2)⑥）と解しているとされる平成16年決定の判断は、そもそもどのように理解されるべきなのかが、あらためて問題とならざるをえないように思われる。

(b) 以上の(a)についてどのように考えるかにかかわらず、3(2)⑦①を前提にすると、前掲の事例Aに対する評価は、

- ① 故障原因のある車に被害者を乗せて運ぶという準備的行為に「既遂の結果を生じさせる客観的な危険性」があるといえるか
- ② 車が故障して電柱に激突したために被害者が死亡したことは、「準備的行為から直接既遂の結果が発生した」といえるか

という問題に帰着することになると解される¹²⁾。

かりに上記①②のいずれについても肯定されるとした場合、さらに、つぎの事例Bはどのように解決されることになるのだろうか。

事例B

Xは、家人Wを職場に車で迎えに行くことを日課としていた。当日も、Wを職

11) 刑集58巻3号190頁。

12) なお、3(2)⑦の趣旨をどのように理解するかについては、「通説的見解」（前掲注4）に対応する引用を参照）の中でも考え方が分かれうるかもしれない。しかし、すくなくとも判例の考え方を前提にすれば、本文のように解されることになるのではないと思われる。

場で車に乗せ、自宅への道を走行していた。いつものようにWが座席で寝入ってしまったのを見計らって、Xは道路脇に車を止め、Wにクロロホルムを吸引させて昏倒させた。その後、計画通りに自宅の先にある港で車を海中に転落させてWをでき死させるつもりで、再び自宅への道を走行していたところ、整備不良のために車が故障し、道路脇の電柱に激突した。これによってWは死亡したが、その死因は、頭部打撲による外傷性くも膜下出血と脳挫傷だと認定された。

前記①②についての結論は、事例Aと事例Bの間で異ならないとすれば、事例Bについても「一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げた」(平成16年決定)と認められることになるのだろうか。

(2) 以上の(1)(a)と(1)(b)は、理論的には独立した問題であり、本稿での検討の中心は前者にある(Ⅲで検討する)。しかし、検討の順序としては、内容的に簡明な後者を先に取り上げて、疑問となりうる点だけを簡単に指摘したい(Ⅱ)。これらの問題(とりわけ前者)の検討を通じて、平成16年決定の趣旨の理解に努める(調査官解説に示された理論的説明は、「事例判例」¹³⁾である平成16年決定の趣旨・射程を説明するためのものとして相応であるのかを確認する)とともに、故意既遂罪における帰責判断の枠組みについての理解を深めることが、本稿の目的である。

Ⅱ 危険の現実化と故意との連関性——因果関係の錯誤？

前掲の事例Bについて、結論として殺人既遂罪の成立を認めることに疑念が生じうるとした場合、それは〈Xの行為の危険性は、Xの行為が殺人の故意にもとづくものであったからこそ、被害者の死亡結果に現実化した〉とは言い難い点に、理由があるのではないだろうか。つまり、被害者Wの職場から自宅への帰路で生じた車の故障による事故については、〈Xの行為が殺人の故意にもとづくものであったからこそ、W死亡の結果に現実化した〉というわけではないと解されうるように思われる(そのように解されうる限りでは、殺人既遂罪の成立を認めることに疑念が生じうるのではないだろうか)。

平成16年決定が、かりにI3(2)⑦④に示されている調査官解説のような考

13) 前掲注2) 最判解刑(平16)182頁〔平木〕。

え方に依拠しているのであるとすれば、事例 A と事例 B (のうち上記のように解されうる具体的事情・状況が認められる場合) の間に取扱いの違いを認めることは困難となるように思われる。しかし、そもそも「事例判例」¹⁴⁾である平成 16 年決定は、その具体的事案の解決を超えて、事例 B のような場合の結論までを拘束するほどの一般的な判断枠組みを提示する意図を有していたのであろうか(さらに、事例 B 以外にもさまざまな事情・状況をともなった事例がありうることを考えるとき、殺人既遂罪成立のための条件から〈危険の現実化と故意との間の連関性〉を一切排除してしまうと、必ずしも適切な結論へと導かれられないような場合も生じえなくはないのではないだろうか。いいかえれば、「因果関係の錯誤」という枠組みからアプローチするだけでは、問題の実質的な内容を十分には捉えることができないような場合もありうるのではないだろうか)。

Ⅲ 既遂罪における故意の認定

1 問題点

本章での議論は、前章Ⅱでの議論とは理論的に独立した内容であるが、行論の便宜上、Ⅱでの議論を前提にして進めることにしたい。

(1) かりにⅡでの議論を前提にしたうえで、ある事案について、《確定的な殺害意思にもとづく行為であったからこそ、被害者死亡へと危険が現実化した》と認められたとしても、そのことから直ちに殺人既遂罪の成立を肯定するとすれば、それは行き過ぎであるように思われる。なぜなら、被害者殺害を「確実かつ容易に行うために必要不可欠な」(刑集 58 卷 3 号 189 頁) 行為が実行される前の段階であったとしても、上記のような場合は生じうると考えられるからである¹⁵⁾。このように、殺害意思が未だ十分には具体化・現実化されていない段階の行為について、それを《殺人の故意にもとづく行為》として既遂罪

14) 前掲注 2) 最判解刑(平 16) 182 頁〔平木〕。

15) なお、平成 16 年決定からの引用部分は、直接的には「殺人罪の実行の着手」(刑集 58 卷 3 号 190 頁) 判断の考慮事情として示されたものである(Ⅰ 1 (1) 第 2 段落を参照)。しかし、最終的には、殺人既遂罪成立を認めるにあたっての考慮事情とされることになる。そこで、ここでは、後者の観点から理解し直して取り扱った。

の処罰対象にすることは、適切ではないと考えられる。

(2) 平成16年決定は、上記に引用した考慮事情に加えて、

- ㊸ 「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しなかったと認められること」
- ㊹ 計画されていた殺害行為との「時間的場所的近接性」

という2つの事実関係に対する判断(いずれも刑集58巻3号189頁)を示したうえで、殺人既遂罪の成立を認めている。

上記㊸㊹は、どのような実質的理由から、殺人既遂罪の成立を基礎づけるための事情として摘示されたと理解されるべきだろうか。

2 調査官解説による理解の検討

(1) 上記㊸は、つぎのような事例の場合、どのように判断されることになるのだろうか。

事例 C₁

平成16年決定の事案と同じ殺害計画にもとづいて、被害者にクロロホルムを吸引させて昏倒させ、車で港に向かっていたところ、警察の検問に遭遇し、犯行が発覚した。しかし、被害者はクロロホルム摂取が原因で死亡した。

素直に㊸を適用すれば、「特段の事情」の存在が認められる以上、㊸は否定されざるをえず、そうすると殺人既遂罪の成立も否定されることにならざるをえないのではないかとも考えられる。しかし、㊸は「事例に則して具体的に摘示」¹⁶⁾されたものだとすれば、事例 C₁のような場合までを視野に入れて厳密に(必要条件として)示されたわけではないと解することもできるように思われる。

(2) 調査官解説では、平成16年決定が㊸を「殺人罪の実行の着手」¹⁷⁾判断の考慮事情として位置づけている(Ⅰ1(1)第2段落を参照)ことを踏まえられたうえで、㊸の趣旨について、「犯人の計画の内容に照らして、準備的行為の完了により、計画の重要部分を終えたと評価できる場合や障害を乗り越えたと評価できる場合」¹⁸⁾のことを指示していると理解(解釈)されている。このよう

16) 前掲注2) 最判解刑(平16)182頁〔平木〕。

17) 刑集58巻3号190頁。

18) 前掲注2) 最判解刑(平16)173頁〔平木〕。

な理解を前提にすれば、事例 C₁ の場合にも、「犯人の計画の内容に照らして」考えれば「計画の重要部分を終えた」と評価できる」から、④によって示された趣旨は充たされていると解されうることになるのかもしれない¹⁹⁾。

それでは、このような調査官解説による④の趣旨の理解からは、つぎのような事例はどのように判断されることになるだろうか。

事例 C₂

事例 C₁ の状況で、実行犯は通行予定の道路で検問があることを事前に把握していたが、「被害者は泥酔している」と弁解すれば何とかなると考えて、犯行を決行していた場合。

この事例 C₂ の場合、「犯人の計画の内容に照らして」考えたとしても、「計画の重要部分を終えた」「障害を乗り越えた」と評価できるのかについては、疑問の余地がありうるように思われる。そうだとすると、事例 C₂ では、クロロホルム吸引によって被害者を昏倒させる行為を開始した時点での「殺人罪の実行の着手」は否定され、その場合には、I 3(2)④に示された考え方にもとづいて殺人既遂罪の成立も否定されることになるのだろうか。

(3) 平成 16 年決定による④は「事例に則して具体的に摘示」²⁰⁾されたものであり、必ずしも事例 C₁ のような場合までを視野に入れて厳密に（必要条件として）示されたわけではないと理解（解釈）する立場からは、平成 16 年決定が④を「殺人罪の実行の着手」²¹⁾判断の考慮事情として位置づけている点についても、それはやはり「事例判例」²²⁾として示されたものであるから、必ずしも事例 C₂ のような場合までを視野に入れて厳密に示されたわけではないと理解する余地がありうるのではないだろうか。

上記を踏まえたうえで、さらに考えてみると、そもそも未遂罪と既遂罪では、

19) なお、学説の中にも、「実行の着手が犯行の進捗度の問題だとすれば、犯行計画を基礎とすべきだ」（佐藤拓磨「実行の着手について」研修 838 号（2018）5 頁）という立場から、事例 C₁ と同じような場合について、「客観的にみれば既遂実現までの間に障害が存在していたとしても、行為者がそれを認識していなければ、基礎とされない」（同所）と解して、実行の着手を肯定する見解がある。この見解については後掲注 27）第 2 段落を参照。

20) 前掲注 2）最判解刑（平 16）182 頁〔平木〕。

21) 刑集 58 卷 3 号 190 頁。

22) 前掲注 2）最判解刑（平 16）182 頁〔平木〕。

その処罰内容に基本的な違いがあるということが問題とならざるをえないように思われる。すなわち、一方で未遂罪では、とりわけ平成16年決定の事案のような「計画的犯行」²³⁾の場合、〈殺害計画を考慮して判断された「殺人に至る客観的な危険性」²⁴⁾が認められること〉を根拠にする処罰が基本になる。これに対して、既遂罪は、結果に実現した危険を生じさせた行為を処罰対象とするものであり、その危険が殺害計画で予定されていたものであるか否かは問題にならない。このような両罪の違いを前提にして考えると、既遂罪成立の必須の条件として未遂罪の成立（「犯罪の実行に着手し」〔刑43条本文〕への該当）を要求すべき理論的必然性は、必ずしも存在しないのではないだろうか²⁵⁾。

3 最高裁平成16年3月22日決定に示された判断は、どのように理解されるべきか

(1) 前記②(1)(2)が認められる場合には殺人既遂罪の成立を肯定できるという平成16年決定の判断は、その事実関係に対する直截な評価として、説得力があると思われる²⁶⁾。そして、この点こそが、平成16年決定を実質的に支えているのではないかと思われる。

平成16年決定に示された判断の趣旨を、かりに以上のように理解すること

23) 前掲注2) 最判解刑(平16)170頁〔平木〕。

24) 刑集58巻3号189-190頁。

25) なお、学説の中には、「第1行為段階で『一連の実行行為』に出る認識(故意)を認めるために……実行の着手が重要な判断基準となる〔。〕……ここでは『一連の実行行為』という観点から未遂犯処罰に必要な危険性が問題とされ〔ている〕」と主張する見解もある(橋爪隆・刑法総論の悩みどころ(2020)196頁。なお、同所で参照を指示されている佐伯仁志・刑法総論の考え方・楽しみ方(2013)280頁も同趣旨の見解なのだろうか)。しかし、理論的な位置づけを変えても、本文で検討してきた問題を回避することはできないのではないだろうか(さかのぼって、そもそも上記の主張が理論的に成立するためには、後掲注27)第2段落の見解を承認することが必要なのではないだろうか)。

26) なお、平成16年決定の事案では、殺害計画で予定されていた行為が実際に最後まで遂行され、完了している。そして、このことが、第1行為を原因とする殺人既遂罪についても、その成立を認めることの妥当性を基礎づける有力な根拠となりうるように思われる。しかし、一般論としては、たとえば被害者死亡に途中で気づいたために殺害計画が中断されたような場合を想定すると、それによって結論が変わることは適切ではないと思われる。平成16年決定が、既遂罪成立を認めるための条件をあえて②(1)のように定式化したこと背景には、以上のような点についての配慮もあったのではないかと推測することも不可能ではないように思われる。

が許されるとした場合、1(1)第3文に示した本稿の立場からは、さらにつぎのように考えることもできるのではないと思われる。すなわち、平成16年決定での㊸㊹の充足は、〈実行犯3名が、計画された殺害行為完遂に至るまでの間について、被害者を制圧して支配できる状態・状況を作り出す行為に出たこと〉が根拠となっている。そうだとすると、ここでは、殺害意思の具体化・現実化の程度が問題にされていると理解することもできるのではないだろうか。つまり、平成16年決定は、〈被害者の死亡結果に実現した危険を生じさせた行為〉を実行した時点における殺害意思について、それが殺人既遂罪の成立を認めるのに相応しい程度に具体化・現実化されていたのかを問題にしている。このように理解することも、1つの考え方としてありうるのではないだろうか²⁷⁾。

27) なお、学説の中には、ここでの問題をつぎのように理解する見解もある。「生じさせた結果について故意犯として重く処罰するためには、その結果の原因となった自己の危険創出行為を意識的にコントロールし得たことが必要である。しかし、人は外界の事象を必ずしもすべて思い通りにコントロールできるわけではないから、行為者が、行為の中核部分を意識的にコントロールし得た場合であれば、そうした重い処罰を基礎づけるに足りるとしてよい。こうした実質論に基づいて、予定された最終行為から遡って、それと密接な関連があり、一体と評価できる行為は、結果を帰属されるべき危険創出行為と評価でき、そうした行為を行っている認識があれば、中核部分について意識的コントロールが及んでいたということが出来る」(島田聡一郎「早すぎた結果発生」西田典之=山口厚=佐伯仁志編・刑法の争点(2007)67頁。同趣旨を主張する見解として橋爪・前掲注25)197頁。さらに山口厚・刑法総論(第3版)(2016)234頁も参照)。しかし、故意犯の場合、そもそも犯罪遂行意思にもとづく行為に出ないということが可能なのであるから、「生じさせた結果……の原因となった自己の危険創出行為を意識的にコントロールし得た」という条件は、常に充足されていると考えられるのではないだろうか。

他方で、学説の中には、ここでの問題を契機として、未遂罪と既遂罪の統一へと向かう見解もある。この見解は、《平成16年決定に示された考え方を前提にする以上、「犯罪の実行に着手し」(刑43条本文)への該当性は、未遂罪・既遂罪に共通した成立要件でなければならぬ》と強調し、そのような要請を充たす該当性判断基準として、「(行為)規範違反性」(佐藤拓磨・未遂犯と実行の着手(2016)40頁[「未遂犯の本質」とされる]、樋口亮介「実行行為概念について」西田典之先生献呈論文集(2017)25頁・35頁[「刑法が設定する心理的障壁……[の]乗り越え」に「刑法規範違反性」を見出したうえで、実行の着手は「心理的障壁を決定的に乗り越えたといえる時点」で認められるとされる]、安田拓人「特殊詐欺における実行の着手」法律時報92巻12号(2020)13頁[「未遂犯は、……計画を基礎として判断されるべき、そこさえ過ぎれば自動性・確実性をもって構成要件実現にいたる段階を意識的に突破し、これを禁圧しようとする規範に違反することによる、完全な行為反価値の実現を処罰するものである」]、東條明徳「実行の着手論の再

(2) かりに以上のような理解を前提にして考えた場合、上記のような具体化・現実化が認められるのは、原則としては、殺害意思を完遂させる行為に出る場合についてだと思われる。しかし、それ以前の段階の行為であったとしても、〈計画された殺害行為完遂に至るまでの間について、被害者を制圧して支配できる状態・状況を作り出す行為〉に出た場合、それは、〈殺害を現実的なものとして受け入れたうえで、それを具体化する行動〉として評価できる²⁸⁾。このような実質的判断も平成16年決定の背後にはあったのではないかと推測することも、まったく不合理とまではいえないのではないだろうか²⁹⁾。

検討(六・完) 法学協会雑誌138巻10号(2021)1954頁以下、「犯行の進捗度」(佐藤・前掲注19)「実行の着手について」4頁、樋口亮介「実行の着手——最高裁第一小法廷平成30年3月22日判決を踏まえて」東京大学法科大学院ローレビュー13巻(2018)61頁、安田・上掲8頁。これに対して、東條・上掲1961頁を参照)といった基準を提示する。そのうえで、判断にあたって考慮される必要があるようなファクターをさまざまに列挙するという方法によって(たとえば樋口・上掲「実行の着手」61頁以下を参照)、適切な結論へと到達することが試みられている。しかし、本稿での検討を前提にして考えた場合、〈殺害計画(あるいは殺害意思の内容)を考慮した「殺人に至る客観的な危険性」(刑集58巻3号189-190頁)が認められるか〉という判断と、〈殺害意思が殺人既遂罪の成立を認めるのに相応しい程度に具体化・現実化されているか〉という判断は、必ずしも一致するとは限らないのではないだろうか(より一般化していえば、ある行為について、〈結果が発生しなかった場合に、どのような条件・範囲で刑事責任の対象とされるべきか〉という問題と、〈結果が発生させた場合に、どのような条件・範囲で刑事責任の対象とされるべきか〉という問題は、必ずしも統一的に解決される必要はないのではないだろうか)。この点については次注も参照。

28) このような理解を前提にして考えた場合、事例C₁(2(1))では、殺人罪の「実行に着手し」(刑43条本文)への該当性判断についてどのような考え方・結論を採用するかとは独立に、殺人既遂罪の成立を肯定できるのではないかとと思われる。また、事例C₂(2(2))の場合、検問に臨むリスクを冒してでも殺害を遂行しようとする行動に出るということは、検問通過後に予定されている殺害遂行がそれだけ(事例C₁の場合よりも)強く意識されたうえで行動だと評価できるとすれば、やはり殺人罪の実行の着手判断とは独立に、殺人既遂罪の成立を肯定するという判断もありうるのではないだろうか(もっとも、以上のような各事例に対する評価は、より具体的な事実関係によって左右されることを否定できないとともに、さかのぼって、そもそも具体化・現実化としてどの程度のものを要求するのかによっても異なりうる)。

29) もっとも、このような殺害意思の具体化・現実化を認めることができるか否かの判断は、前注でも指摘したように、個々の事案ごとの事実関係に左右されることになると考えられ、それをさらに定式化することは困難だと思われる(平成16年決定によって定式化された@@ [1(2)]の場合にも、平成16年決定の事案を離れて一般的に考えると、常に適切な条件となりうるのかについては疑問の余地がありうるように思われる)。そのことを踏まえたうえで、〈被害者の死亡結果に実現した危険〉を基礎づけている事実関係につ

IV 結論——故意既遂罪における帰責判断の枠組みについて

既遂罪は〈結果に実現した危険を生じさせた行為〉を処罰対象とするものであるが、それが故意犯として処罰されうるためには、すくなくともつぎの2つの条件を充足している必要があるように思われる。第1に、〈結果に実現した危険を生じさせた行為〉を実行した時点における犯罪遂行意思について、それが故意既遂罪の成立を認めるのに相応しい程度に具体化・現実化されていたこと(Ⅲ3)。第2に、〈結果への危険の現実化は、故意(=上記第1の条件を充足する犯罪遂行意思)にもとづく行為であったからこそ生じた〉と評価されうること(Ⅱ)。

いて、その影響が被害者に及びうる状態になることの認識(=影響が死亡結果に直結する内容・程度であることについてまでは、ここでの認識に含ませない趣旨)が被告人に認められるか否かを、1つの補助的な指標にすることも考えられるのではないだろうか。