

当罰性と構成要件の充足

平 澤 修

- 一 はじめに
- 二 判例事案の検討
- 三 まとめ

一 はじめに

刑法における当罰性と可罰性との調和点を見いだすことは、刑法の機能を考えるとききわめて困難なことであり、誰もが納得することはまずありえない。当罰要求（社会的に許し難い行為に対する処罰要求ないしそれに裏付けられた取締り目的）を満たすためには犯罪成立要件の第一とされる構成要件該当性の拡張認定が実質的判断のもとでなされなければならないからである。

その際、構成要件の有する人権保障機能を損なわないようにするためには、解釈に限定を付し、行為規範としての明確性を担保することが大前提である。しかるに、相当数の判例が往々にして厳密にいうと許容範囲を超えたと評されねばならないような判断をこれまで示して来ている。いわゆる罪刑法定主義に関わるものとしてこれまで取り上げられてきた判例のみならず、多くの判例が実は罪刑法定主義の問題を内在しつつ事案の解決を図って来ているのである。

たとえば、刑法各論の授業で行われる「暴行致傷は傷害罪」⁽¹⁾との説明

も、通常問題にされることなく受け入れられているところであるが、厳格に解すると刑の権衡を失することからあえて暴行致傷を傷害罪の構成要件に含めることで異論をみないところとなっている。すなわち、暴行の故意で暴行を加えた結果人を傷害したときは208条の「暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったとき」という暴行罪構成要件に該当せず、また204条の「人の身体を傷害した者」という傷害罪構成要件にも傷害の故意がないことから該当しない。結局のところ、209条の過失傷害罪の構成要件にしか該当せず、それでは暴行を加えたのみの方がかえって208条により重く罰せられることになり刑の不均衡を来すので、暴行致傷を傷害に含めるとの説明がなされているのは、今更ここで紹介するまでもない。とはいえ、これも処罰の妥当性（というよりは犯罪成立の妥当性）のために解釈・適用が拡張された好個の例であることに間違いはない。

また、正犯の概念についても本来的な限縮的正犯概念から徐々にその概念を拡大してきたことはよく知られるところである。すなわち、単独正犯から実行共同正犯へ、そして論者によってその呼び名や範囲は変わるとしても共謀共同正犯を認めるようになってきていることは、共犯としてではなく正犯として処罰されるべきとの要求の現れであるといえよう。とりわけ、主犯格でありながら行為としては幫助犯にしかない者の妥当な処罰のためには共謀共同正犯の概念は是非必要ということになろう⁽²⁾。間接正犯概念の誕生もまた然りである。そもそも共犯従属性説のうちで極端従属性説にしたがったときの処罰の間隙を埋めるために考え出されたものとされるが、制限従属性説によっても認められるべきものとされるのであり、やはり当罰感覚がここでも働いているといえるのである⁽³⁾。

そこで、判例に現れたよく知られている事案のうちで、正面からは罪刑法定主義の問題としては取り上げられていないが、犯罪を成立させるために（当罰要求を充たすために）構成要件該当性を緩めて認めていると思われるものをいくつか取り上げ、その論理を解明しつつ、はたしてその論理にもとづく結論が妥当か否かを論ずるのが本稿の目的である。なお、これら

の事案に対してはすでに多くの議論ないし分析がなされているが、それらを渉獵することは本稿では省略し、私見の展開に主眼を置くこととする。

注

- (1) 最判昭25・11・9刑集4・11・2239. なお、この議論が実務的には、暴行の際に傷害結果の認容があったとの自認を得ることで「暴行＝傷害の実行行為」としてほとんど解決されているのも周知のところといえよう。
- (2) 幫助犯においては常に刑が減輕されるという不均衡に目をつぶるわけにはいかない。いわば、全刑法学的視点から共謀共同正犯概念が構築されているといえよう。
- (3) 「処罰の隙を埋めるため」という消極的論拠に対して、「人という道具を用いて直接正犯と同様に行為事象を支配している者は正犯というべきだ」という積極的論拠が示される。山中敬一・刑法総論〔第2版〕(成文堂、2008年) 809-810頁。

二 判例事案の検討

以下、まず各事案の事実の概要と判旨を示し、その結論に至る理由付け(論理)を図示した後、検討を加えることとしよう。

(1) 砂末吸引事件(大判大12・4・30刑集2・378)

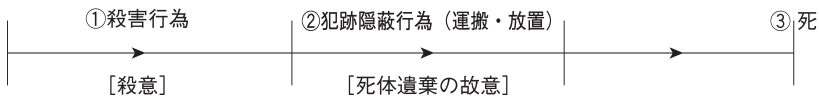
〈事実の概要〉

被告人は、熟睡中の被害者の頸部を殺意を以て細麻縄で絞扼し、被害者が身動きしなくなったので、被害者が既に死亡したものと誤信し、犯行の発覚を防ぐ目的で被害者を背負って海岸砂上に運び、同所に放置して帰宅したため、被害者は砂末を吸引して、頸部絞扼と砂末吸引とによって死亡した。原審が殺人既遂罪の成立を認めたのに対し、被告人側は、「殺人既遂の成立を認めるためには、拳動と結果との因果関係の認識を必要とし、被告人にはこれが欠ける。罪となるべき事実には因果関係も含むのであるから、因果関係について錯誤があるときは重要な具体的事実の錯誤として犯意の阻却を認めるべきである。」と主張して上告した。

〈判旨〉 上告棄却

「砂上ニ放置シタル行為…ナキニ於テハ砂末吸引ヲ惹起スコトナキハ勿論ナレトモ本来前示ノ如キ殺人ノ目的ヲ以テ為シタル行為ナキニ於テハ犯行発覚ヲ防ク目的ヲ以テスル砂上ノ放置行為モ亦發生セサリシコトハ勿論ニシテ之ヲ社会生活上ノ普通觀念ニ照シ被告ノ殺害ノ目的ヲ以テ為シタル行為ト」被害者「ノ死トノ間ニ原因結果ノ關係アルコトヲ認ムルヲ正当トスヘク被告ノ誤認ニ因リ死体遺棄ノ目的ニ出テタル行為ハ毫モ前記ノ因果關係ヲ遮断スルモノニ非ザルヲ以テ被告ノ行為ハ刑法199条ノ殺人罪ヲ構成スルモノト謂フヘク此ノ場合ニハ殺人未遂罪ト過失致死罪ノ併存ヲ認ムヘキモノニ非ス」。

【検討】



本件事案を図示すると上記のようになる。この場合に、行為者は殺人既遂となるとするのが上述のごとく判例の立場である。その理由付けはわが国の通説と合致する⁽⁴⁾。すなわち、裁判所の論理は、①と③との因果関係を直接認め、結果的に②を因果関係の中に埋没させることで殺人既遂を認めるものである。因果関係の存否につき条件説を前提とするとき（あるいは相当因果関係説によっても）このような解決が可能のように思われようが、因果関係の出発点である実行行為の点で問題がある。すなわち、①は客観的に見てそれ自体では③をもたらすものではなかったのであり既遂構成要件を充足するとは言い難い。絞扼が十分になされれば死がもたらされるということは、この①行為の終了が死という結果の発生とほとんど重なることになる面はあるが、ともあれ実行行為が終了していない以上因果関係が進行することはありえないと言ふべきである⁽⁵⁾。したがって、「大審院の論理では、『絞扼行為』・『放置行為』・『死亡』という『相当なつながり』としての『殺人既遂罪』と『過失致死罪』の併合罪を認めるべき」との見解⁽⁶⁾には与しえない。

これに対し、本事案は「ウェーバーの概括的故意」の概念が適用されるべきものであることから、その概念を用いて殺人既遂を認めようとする立場が一方にある。つまり、①の故意（殺意）が②にも及ぶとすることで、実行行為とそれに対応する故意があるものとして殺人既遂を認める⁽⁷⁾。たしかに、①と②は社会的に一体のものとするのに無理はない。しかし、一体化した行為の前半部分に故意があれば構成要件が充足されるとすることには無理があろう。一連の暴行・傷害行為の途中で責任能力が減弱ないし喪失した場合に全体として完全な責任能力を認めるのとはわけが違ふ⁽⁸⁾。本件では②の段階で殺人罪における規範の前に立たされるべき前提としての事実認識が欠けてしまっているのである。このような場合に①と②は分離して評価するほかないであろう。すなわち、①については殺人未遂、②については③との因果関係を認めて過失致死とされるべきである⁽⁹⁾。なお、本件事案は強盗致死罪のように結合犯と捉えられるものではない。強盗の手段たる暴行の結果、死を誤信し遺棄行為に出たことで死をもたらした場合は、強盗致死罪とすることに異論はない⁽¹⁰⁾。死を誤信するような危険な暴行を振ったことが基本犯たる故意犯として存在する以上それとの関わりの中で死が発生した場合（この点だけ見れば過失致死）に両者が結合するとすることは、結果的加重犯ゆえに認められるところと言えよう。①（殺人未遂）と②（過失致死）が結合して殺人既遂となることを認める明文規定がない以上二つの行為は分断して捉えられるべきである。

このような「二行為分断説」に対し、「論理的に明快であるが、なぜ、形式的に分断する必要があるのか、その根拠は説得的ではないといわざるをえない。…たまたま第一行為で死亡せず、別個の意思に基づく第二行為で死亡したというだけの理由で、殺人未遂と過失致死というのでは、現実に即した解決とはいえない」との批判がある⁽¹¹⁾。その考え方は、「殺そうとして結果的に命を奪った以上は殺人とすべきである」という当罰感覚に沿ったものといえよう。しかし、結果において行為者の殺害目的が実現さ

れたことで殺人既遂を認めるのは、構成要件該当といえるために必要な第二行為が命を奪うことになるとの認識を不要とすることであり、受け入れがたい。構成要件該当性判断は厳格になされるべきである。殺人既遂ではなくて殺人未遂と過失致死の併合罪であるとしたからといって、わが国の刑法では処断刑が軽くなることもない。未遂罪は任意減軽が認められるのみであるからである。

本件を素人的に見ると、「殺そうと思って命を奪った以上は殺人（既遂）となって当然」という考えが優勢といえよう。それがまさしく当罰感覚であろうが、それを可罰性のレベルまで引き上げるだけの理論構築はなされていないと見るべきであろう。

(2) ガソリン散布放火事件（横浜地判昭58・7・20判時1108・138）

〈事実の概要〉

被告人は、妻が家出したことから、自宅に放火して焼身自殺しようと決意し、自宅内の和室の床並びに廊下などにガソリン約6.4リットルを撒布したが、すぐには火を放とうとせず、妻から帰宅を知らせる電話があるかも知れないと思って待っていた。しかし電話がなかったことから、被告人はガソリンに火をつけて焼身自殺することを覚悟し、その前に最後の煙草を吸おうと思って、口にくわえた煙草にライターで点火したところ、ライターの火がガソリンの蒸気に引火して爆発し、本件家屋を全焼させるに至った。

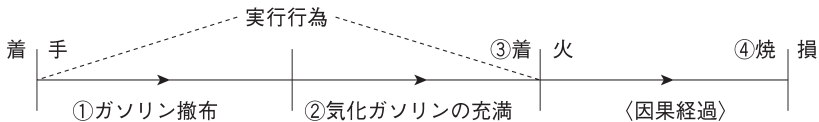
弁護人は、被告人が本件家屋に火を放つ意思でガソリンを撒いた行為については、それだけでは出火しないのであるから放火の実行の着手とはいえず、また、煙草に火をつける行為についても、放火を意図したものではないから放火の着手には当たらないとして、結局被告人の行為は放火予備罪に止まると主張した。

〈判旨〉 有罪（確定）

「本件家屋は木造平家建であり、内部も特に不燃性の材料が用いられているとは見受けられず、和室にはカーペットが敷かれていたこと、本件犯行当時、本件家屋は雨戸や窓が全部閉められ密閉された状態にあったこと、被告人よ

って撒布されたガソリンの量は、約6.4リットルに達し、しかも6畳及び4畳半の各和室、廊下、台所、便所など本件家屋の床面の大部分に満遍なく撒布されたこと、右撒布の結果、ガソリンの臭気が室内に充満し、被告人は鼻が痛くなり、目もまばたきしなければ開けていられないほどであったことが認められるのであり、ガソリンの強い引火性を考慮すると、そこに何らかの火気が発すれば本件家屋に撒布されたガソリンに引火し、火災が起こることは必定の状況にあったのであるから、被告人はガソリンを撒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燬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。」

【検討】



事実関係を図示すれば上図のごとくである。本件ではまず、①が放火の実行の着手となるかが問われるが、形式的客観説に立たない限り閉め切られた狭い室内でガソリンを撒布することが着手となることに異論はないといえよう。法益侵害の現実的具体的危険性が生ぜしめられているからである。また、形式的客観説に立ったとしても、ここでいう「放火」とは具体的には「ガソリンを撒いて着火する」ことではじめて家屋を焼損しうるものであることからすると、ライターの着火だけを捉えて実行行為を論ずることは実行行為の有する具体的危険性を考慮しないことになり、妥当性を欠くこととなろう。したがって、①～③は不可分一体の実行行為ととらえられるべきである。

とはいえ、実行行為の終了は③の時点というほかはない。そこで、この時点で行為者に放火の認識があったといえるかが問題となる。しかし、気化したガソリンの臭気が充満しその刺激で目も開けられないほどであった

中で、ライターで着火することがいかに危険であるかを認識することは極めて容易なことといえる。すなわち、着火することで即座に焼損に至ることになる客観状況の認識があったと認定することに無理はない。積極的な結果実現意思はないにしても結果発生の高度の蓋然性の認識はあったといえる⁽¹²⁾。とすると、①が終了した時点で一旦は放火の意思がなくなったとしても、燃焼の危険は客観的に存続した状態にあったのであり、ほどなくして危険状態を認識しつつ着火した以上①から③までを客観、主観両面で連続的に一体と捉えることに無理はないどころか当然であるというべきである。すなわち、一体と捉えられる行為に対する故意は、当初の積極的意思を有するものから蓋然性の認識・認容といういわば消極的ものに変化したとはいえ、継続して備わっていたといえよう。それゆえ、放火既遂の結論は妥当である。

判決においては被告人側の主張に対応して実行の着手時期が論じられているが、行為者の主観面が途切れたかに見える点にも正しく言及すべきである。放火のためにガソリンを撒いてすぐに着火した場合とは違っており、全体的考察のもとに実行行為の一体性と故意の連続性が認定されねばならない事案といえよう。その意味で、本件における犯罪の成立を考えると、やはり構成要件該当性の実質的判断が求められているのである。

(3) ベランダ殺人事件 (東京高判平13・2・20判時1756・162)⁽¹³⁾

〈事実の概要〉

被告人は、殺意をもって、洋出刃包丁で妻Aの左胸部等を数回突き刺したところ、重傷を負ったAが玄関から逃げ出そうとするのを居間に連れ戻した。被告人は包丁を台所に置きに行ったが、その際にAはマンション9階のベランダから逃げ出し、両足をベランダの手すりに乗せ、背中をベランダの外側に向けて膝を曲げた状態で、手すり伝いに隣家へ逃げ込もうとした。被告人は、Aを連れ戻してガス中毒死させようと考え、声をかけることもなく、Aに掴みかかったところ、Aはこれを避けようとしてバランスを崩し、ベラン

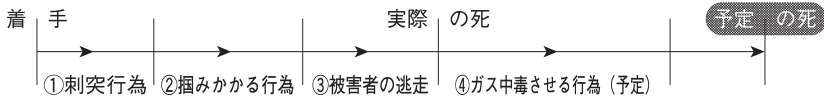
ダから転落し、約24.1m下の地上に激突した。Aは背部ならびに胸部打撲による外傷性ショックにより死亡した。

第1審は、被告人の殺意は、Aがベランダから転落して死亡するまでの間一貫して継続しており、また、掴みかかった行為とAが転落死した結果との間には因果関係があるから、殺人既遂罪が成立するとした。これに対し、被告人側は、被告人には殺意はなく、また、被告人の加害行為後の被害者の転落事故により致死の結果が生じたもので、被告人には責任がないと主張して控訴した。

〈判旨〉 控訴棄却

「被告人の犯意の内容は、刺突行為時には刺し殺そうというものであり、刺突行為後においては、自己の支配下に置いて出血死を待つ、更にはガス中毒死させるというものであり、その殺害方法は事態の進展に伴い変容しているものの、殺意としては同一といえ、刺突行為時から被害者を掴まえようとする行為の時まで殺意は継続していたものと解するのが相当である。次に、ベランダの手すり上にいる被害者を掴まえようとする行為は、一般には暴行にとどまり、殺害行為とはいいい難いが、本件においては、被告人としては、被害者を掴まえ、被告人方に連れ戻しガス中毒死させる意図であり、被害者としても、転落の危険も省みず、手で振り払うなどして被告人から逃れようとしたものである。また、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たのである上、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り、本件包丁を戻した時点で殺害行為が終了したものと解するのは相当でない（下線、筆者。以下、同様。）。更に、被告人の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ことは原判決が判示するとおりである。」

【検討】



「早すぎた構成要件の実現」として議論される事案の一つである。すな

わち、①で殺害する予定であったが実現できず、やむをえず②によって連れ戻し④で逃げようとしたところ、予定外の③によって被害者が死亡してしまっただけである。

①が②を誘発し③が導かれたのなら、①と②が全体的に一つの実行行為として捉えられ、それが客観的に③を発生させるに足るものであることは明白である (ex.. 突き落とそうとしたところ、体を押す前に避けようとしてよろけた被害者が崖下に落下した場合)。しかるに、①は包丁を置きに行ったことからわかるように殺人未遂の段階でいったんは終了している。つまり、①と②は断絶しており、②は被害者が逃げだそうとしたことから新たな殺意を抱いて行われたあくまでも④のための準備行為にすぎない。②が④に繋がる密接した行為として捉えられるとしても、そこで新たな殺意にもとづく実行の着手があるとすることにも無理があると思われる。②は連れ戻すための行為つまり暴行とされるべきで、それによって被害者が転落死亡したことはせいぜい傷害致死と評価されるにすぎない。

裁判所は、被告人が被害者に「出血死を待つ、更にはガス中毒死させる」という殺意としては同一の意思を一貫して有していたとして、①と②を一体のものとして捉えることで殺人既遂を認めるものである。しかし、①による被害者の負傷の程度は定かではないが、ベランダ伝いに逃げようとしたことなどから見て、とても「失血死を待つ」という状況にあったとは思われない。①による殺害は失敗に終わった後、新たにガス中毒死させようと思いつき、そのため逃げる被害者を捕まえるために「掴みかかった」のであり、「突き落とそうとした」わけではない。そこには、殺害のための実行行為も殺意も存在しないというほかない。あえて①と②を連結させることにより、殺人未遂と傷害致死を合一して殺人既遂とするための論理を構築したと言うべきであろう。だとするならば、本件は「早すぎた構成要件の実現」とされるものではないことになる。成立する犯罪が「殺人既遂」であろうと「殺人未遂と傷害致死の併合罪」であろうと、実際のところ量刑に差はないと言っても過言ではないであろう。罪名にこだわることで、

かえって無理な実行行為性と殺意の認定を行い、さらには実行行為が中途半端な段階で結果が発生した場合でも既遂犯の成立を容認するという些か無理な判断をしたものと評さざるをえない。

(4) 「クロロホルム殺人事件」(最決平16・3・22刑集58・3・187)⁽¹⁴⁾

〈事実の概要〉

Xは、夫Aを殺害してほしいとのYからの依頼を引き受け、P、QおよびR(以下「実行犯3名」ともいう)を仲間に加えて、その実行を指示した。実行犯3名は、事前の計画に従って、平成7年8月18日の夜、石巻市内の路上において、自分たちの乗った自動車をAの運転する自動車に追突させ、示談交渉を装ってAを自車の助手席に誘い入れたうえ、午後9時30分頃、QがAの背後から多量のクロロホルムを染み込ませたタオルを鼻口部に押し当ててAの意識を失わせ(第1行為)、さらに、Aを約2km離れた石巻工業港まで運んだ。ここでXの到着を待ったためにやや時間が遅くなったものの、午後11時30分頃、Xとともに実行犯3名は、計画どおり、ぐったりとして動かないAをAが運転していた自動車の運転席に運び入れ、溺死させるべく同車を岸壁から海中に転落させて沈めた(第2行為)。ところが、後に判明したAの死因は、溺水による窒息、ないしは、クロロホルム摂取による呼吸停止、心停止、窒息、ショックまたは肺機能不全のいずれかで特定できないというものであり、Aは第2行為以前に第1行為により死亡していた可能性があった。他方、X、P、QおよびRは、第1行為によりAが死亡する危険性があるとは認識していなかった。

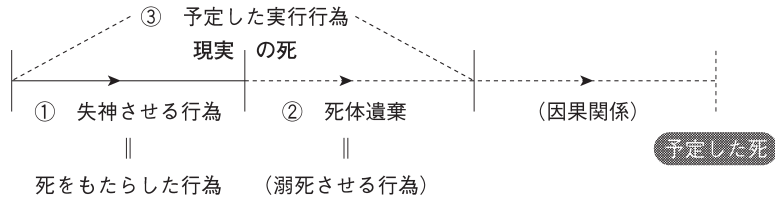
控訴審判決(仙台高裁平成15・7・8判時1847号154頁)は、クロロホルムを吸引させる第1行為が既に殺人の実行行為に当たるとしたうえで、「その後、被害者Aを海中に転落させる殺害行為に及んでいるが、すでにクロロホルムを吸引させる行為により死亡していたとしても、それはすでに実行行為が開始された後の結果発生に至る因果の流れに関する錯誤の問題に過ぎない」と判示し、X、Y、P、QおよびRに殺人罪の既遂(共同正犯)の成立を肯定した。

これを不服としてXおよびYが上告した。

〈決定要旨〉 上告棄却

「第1行為は第2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近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3名の認識と異なり、第2行為の前の時点でAが第1行為により死亡していたとしても、殺人の既遂の共同正犯が成立するものと認められる。」

【検討】



本事案も「早すぎた構成要件の実現」の代表例の一つである。

前提として、本件被害者の死がいつ生じたかについて証拠上不明とされる。つまり、被告人らの予定した②行為によって被害者が死亡したかもしれないし、①の段階ですでに死亡していたかもしれない。こういった場合、前者であるならば、犯罪成立要件をまったく問題なく充たしており、ならん論争は起こりえない。前者との認定を基礎づける証拠がない以上は後者であるとの認定をするのが刑事裁判の大原則である。すなわち、「疑わしきは被告人の利益に」ということである。なぜ、この場合にそう認定することが被告人の利益になるかといえば、被告人側が主張するように、①によって殺害しようとしていたわけではないから、たとえ客観的には死

をもたらしうる危険な行為であるとしても、殺人構成要件の主観的要素たる殺意に欠けると考えられるからである。①の段階の故意は「予備の故意」でしかない点が問題であり、厳密に考えるならば主観面が充足されない以上、もたらされた死の結果については過失致死とするほかないというわけである。

しかし、裁判所は、クロロホルムを用いる①が死をもたらす危険な行為であることから、その開始時点で殺人罪の実行の着手があったと認定し、かつ①+②=③といっても①がなされれば②はきわめて容易に実行できるものであるとの判断のもとに、②が終了しないうちに結果が発生したとしても既遂とすることに支障はないとしたと思われる。すなわち、たとえ後に溺死させる意図であったとしても、クロロホルムを吸引させるという生命に危険な行為①を認識して行っている以上はこの段階から殺人構成要件の要求する実行行為と故意（死の危険性を伴う事実の認識）が存在し、そして現に①によって命が奪われているのであるから、殺人既遂とすることに支障はないと判断したと思われる。いわば、実質的に見て実行行為は①で足り、その後の死に至る因果経路において錯誤が生じたと捉えることで殺人罪としての構成要件該当性を認定したともいえよう。

しかるに、まさにこのような故意の認定にこそ問題があるといわねばならない。本件における故意は、私見によれば、客観的に危険な事実の認識があれば足りるといいうわば形式的ともいふべき外形的事実の認識をもって足りるとされている。すなわち、通常故意があるとされるために必要な意思的側面を不要とすることで故意があるとしているのである。たしかに、判例は従前から故意と過失とを区別するに際して蓋然性説を採り、認容説のように意思的側面が必要との立場を採っていない。とはいえ、蓋然性説と認容説の違いは実際的にはないに等しい。なぜなら、蓋然性の認識は、認容があったことを充分推認させる基礎となるのが通常だからである。裁判における事実認定とはそういうものであり、つまり客観的事実が存在し、その場面に通常認識能力を有する行為者がいる以上、行為者が

その事態ないしその事態から生じうる結果を少なくとも認容したと推認することはまったく合理的なこととあってよいと思われる。ところが、本件では客観的事実の認識の面で不十分であったというべきではなからうか。つまり、「意味の認識」に欠けているものと思われる。一般に意味の認識は規範的構成要件要素について問題となるものとされる。たとえば、わいせつ性の認識が問題となる時などがそうである。では、記述的構成要件要素においては意味の認識がまったく問題とされる必要はないのであろうか。そうではなからう。記述的構成要件要素においては意味の認識の問題が通常顕在化しないだけのことである。一般的に人を殺すに足りる行為を行っている以上、だれもがその危険性を充分認識するのが当然であるからである。しかし、本件の場合、うかつにも行為者はクロロホルムにより被害者を死に至らせる危険性を認識（正しくは予見）していなかったのである。この事態は、行為者の意思的側面を推認させるに足りるものではない。そもそも事実認識の面で不足する以上、意思的側面がもし認められたとしてもそれだけでは故意の成立には不十分である。本件では、クロロホルムを嗅がせることで気絶させようとしたのであるから、身体に一定の危険を及ぼすことの認識はあったことは間違いがないが、それが殺意を認定する基礎となるとは到底いえないのではないかと思われるのである。意味の認識の有無の問題は、たとえ記述的構成要件要素といえども各犯罪類型ごとに具体的に検討されねばならない場合があり、本件もその一場合であらう。

結局のところ、本事例における裁判所の判断も、いわば当罰性という観点から犯罪成立要件を弛緩させたと評さざるをえないのではないかと思われる。

(5) 胎児傷害事件（最決昭63・2・29刑集42・2・314）⁽¹⁵⁾

〈事実の概要〉

水俣病は塩化メチル水銀化合物により汚染された魚介類を摂食することに

よって起こる中毒性中枢神経系疾患であり、本件においては、熊本県水俣市に所在する新日本窒素肥料株式会社（現チッソ株式会社）の水俣工場のアセトアルデヒド製造設備内で副生された塩化メチル水銀が工場排水に含まれて排出され、水俣湾等の魚介類を汚染し、その体内で濃縮された塩化メチル水銀を保有する魚介類を地域住民が摂食したことによって発生した。その結果、当時の社長の甲および水俣工場長乙が、業務上の過失により、塩化メチル水銀を含む工場排水を排出し、これを摂食した5名を成人水俣病に、2人を胎児性水俣病に罹患させた責任が問われた。この事件の被害者の一人とされているAは、出生に先立つ胎児段階において、母親が上記メチル水銀によって汚染された魚介類を摂食したため、胎内で同メチル水銀の影響を受けて脳の形成に異常を来し、その後、出生はしたものの、健全な生育を妨げられたうえ、12歳9か月にしていわゆる水俣病に起因する栄養失調・脱水症により死亡した。

いわゆる胎児性水俣病に罹患した者が、人となって以降に死亡した場合に、業務上過失致死罪が成立するかについては、第1審の熊本地裁は、次のように判示した。「元来、胎児には『人』の機能の萌芽があって、それが、出生の際、『人』の完全な機能となるよう順調に発育する能力があり、通常の妊娠期間経過後、『人』としての機能を完全に備え、分娩により母体外に出るものであるから、胎児に対し有害な外部からの侵害行為を加え、『人』の機能の萌芽に障害を生じさせた場合には、出生後『人』となってから、これに対して業務上過失致死罪の構成要件の結果である致死の結果を発生させる危険性が十分に存在することになる」。したがって、「このように人に対する致死の結果が発生する危険性が存在する場合には、実行行為の際に客体である『人』が現存していなければならないわけではなく、人に対する致死の結果が発生した時点で客体である『人』が存在するのであるから、これをもって足りると解すべきである。業務上過失致死罪において、その実行行為に際して、客体である『人』が存在しているのが常態ではあるけれども、実行行為の際に客体である『人』が存在することを要件とするものではない⁽¹⁶⁾。

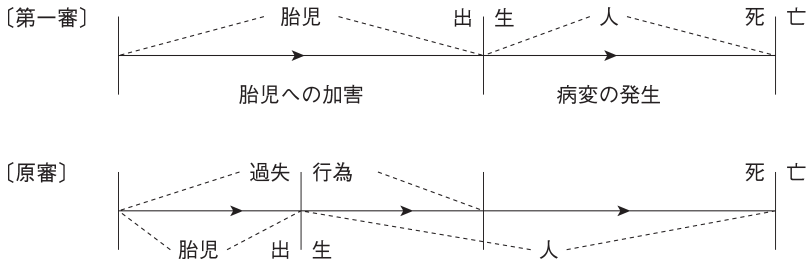
控訴審である福岡高裁の判決（福岡高判昭57・9・6高刑集35巻2号85頁）においては、「その侵害は……いわゆる一部露出の時点まで、継続的に母体を介して及んでいたものと認められる」とされ、「そうすると、一部露出の時点

まで包括的に加害が認められる限り、もはや人に対する過失傷害として欠くところがないので、右傷害に基づき死亡した同人に対する業務上過失致死罪を是認することも可能である」とされた。被告人側が上告。

〈判旨〉 上告棄却

「現行刑法上、胎児は、墮胎罪の罪において独立の行為客体として特別に規定されている場合を除き、母体の一部を構成するものと取り扱われていると解されるから、業務上過失致死罪の成否を論ずるに当たっては、胎児に病変を発生させることは、人である母体の一部に対するものとして、人に病変を発生させることにほかならない。そして、胎児が出生した人となった後、右病変に起因して死亡するに至った場合は、結局、人に病変を発生させて人に死の結果をもたらしたことに帰するから、病変の発生時において客体が人であることを要するとの立場を採ると否とにかかわらず、同罪が成立するものと解するのが相当である。したがって、本件においても、前記事実関係のもとでは、Aを被害者とする業務上過失致死罪が成立するというべきであるから、これを肯定した原判断は、その結論において正当である。」

【検討】



〔最高裁〕 人（母体＝胎児）への傷害 → 出生 → 人（となった胎児）の死

本事案はいわゆる水俣病を発生させることで生命身体に対する大きな被害を及ぼしたことに対し、可罰性をいかに理由づけるかでそれぞれの審級で見解がわかれたものである。いずれにせよ、有罪にすべしとの結論に変わりはなく（当罰性は揺るがない）、理論的にもっとも納得しうる説明はど

れか、あるいは他によりよい説明があるかが問われている。

各審級の理由づけを図示すると上掲の如くである。

第一審の理由づけは、やがて人となる胎児への傷害がなされたのであるから、その段階で人への傷害（病変の発生）が生じる危険性が認められ、全体として構成要件を充足しているというものである。この考え方は無理のあるものではない。実行行為時に客体が存在していなくても犯罪の成立を認めるべき場合は考えられる。たとえば、数時間以内には誕生し新生児として寝かされることになるベッドにタイマー付きの時限爆弾をしかけ、新生児が寝かされた直後に爆死させた場合などがそうである。客体が存在する前に実行行為が終了している点および結果の発生が確実である点で本件となんら変わるものではない。故意犯か過失犯かの違いがあるだけである⁽¹⁷⁾。

原審は、実行行為が出生した人たる客体にまで及んでいるとして、いわば「実行行為と客体との同時存在」という要件を充たしているとする。一つの解決策といえようが、実のところそれは因果経過の一コマを実行行為に含ませたにすぎないといえるのではなからうか。過失犯実行行為の曖昧さからもたらされうる理由づけといえよう。

これに対して、最高裁の理由付けは事実の錯誤論における法定的符合説の考え方を援用したものとされるが、実は事実関係において、事実の錯誤論において前提とされるどころと根本的に違っている。事実の錯誤論において、「人に病変を発生させて人に死の結果をもたらした」というのは、方法の錯誤の場合を考えればわかるように、故意犯として考えた場合、「狙った A に病変を発生させようと思ったが狙いがはずれて別人の B に病変を発生させて B を死なせた」場合を指すものである。本件は、そのような場合とは明らかに違う。いわば「狙った相手に病変を発生させたがその者は死亡せず、その者から病気が伝染した別人が死亡した」にすぎない。それにもかかわらず、客体の錯誤ないしは方法の錯誤を前提としたがごとき説明となっているのはおかしい。

実は、事実の錯誤論として考えた場合、本件は併発事実の事例に対応すると思われる。過失行為が、母体たる人のみならず、やがて人となる胎児にも及び、その出生後に病変を発生させ、ついには死をもたらしたのである。だとするなら、母体に対する傷害はさておき、「胎児に対する傷害」としては、第一審の論理がもっとも素直で受け入れられるところといえよう。

- (4) 「因果関係論による一行為包括説」と呼ばれる。内田文昭「第12講 概括的故意」刑法基本講座 第2巻（法学書院、1994年）190頁。
- (5) ちなみに、着手中止はそれゆえにそれ以上の作為を行わないことで足りるとされるのである。なお、「実際には、論理は逆転しており、不作為による中止で十分なのが、着手中止である」とされる（山中・前掲書702頁）が、判例事案を見るに妥当な考えといえよう。
- (6) 内田文昭・前掲193頁。
- (7) ウェーバーの一行為包括説と呼ばれる。内田文昭・前掲190頁。
- (8) ただし、これはこれで有責性の拡張ということで問題となる。「原因において自由な行為」における原因設定行為時の意思が連続しているという考え方がこの場合にも妥当するといえよう。
- (9) 岡野光雄・刑法要説総論〔第2版〕（成文堂、2009年）223頁。
- (10) 東京高判昭32・2・16高裁刑裁特4・9・212。
- (11) 内田文昭・前掲196頁。
- (12) なお後にも述べるように、未必の故意の有無につき蓋然性説をとるか認容説をとるかの論争があるが、事実認定の問題として考えるとき両者の間に差異はないといえよう。蓋然性の認識は認容という意味を通常合理的に推認させるに足るものといえるからである。
- (13) 本件に関する文献として、平成13年度重要判例解説149頁、石井徹哉「いわゆる早すぎた構成要件の実現について」奈良法学雑誌15巻1・2号（2002年）1頁以下、山中敬一「いわゆる早すぎた構成要件実現と結果の帰属」『現代社会型犯罪の諸問題—板倉古稀』（2004年）97頁以下、高橋則夫「犯罪論における同時存在原則とその例外」『刑事法の理論と実践—佐々木喜寿』（2002年）47頁以下などがある。
- (14) 本件に関する文献として、塩見淳「64 早すぎた結果の発生」刑法判例百選I総論〔第6版〕130頁、高橋則夫「『早すぎた構成要件の実現』の一考察—いわゆるクロロホルム殺人事件をめぐる—」早稲田法学第80巻第4

号(2005年)1頁などがある。

- (15) 山中敬一「3 胎児傷害」刑法判例百選II各論〔第6版〕8頁。
- (16) 熊本地判昭54・3・22刑月11巻3号168頁。
- (17) 但し、離隔犯と同様との説明は適切ではない。離隔犯の場合は、客体は実行行為時に離れているとはいえ存在している。時間的距離的に離れていても具体的危険性が認められるゆえに実行の着手があるとされるのである。山中・刑法判例百選II各論〔第6版〕9頁参照。

三 ま と め

以上、思いつくままにいくつかの事案を取り上げて検討を試みたが、このほかにも当罰要求が解釈を広げさせる結果に繋がっていると思われる判例は、実はとりわけ各論において枚挙に暇がないほどであるといって過言ではない。本稿では、紙幅の関係で取り上げることはできないが、各種財産犯における財物性ないし他人性に関して裁判所は明らかに拡張認定を行っている⁽¹⁸⁾。また、強盗致死傷成立の前提として窃盗未遂を認めた事案⁽¹⁹⁾、強姦致傷成立の前提として強姦の着手を認めた事例⁽²⁰⁾などなど、初学者のだれもが接する基本的判例の中にも同様の傾向が見られる。そのほか、特別刑法の分野に足を踏み入れれば、取締り目的を達成するために大幅な拡張認定がなされる場合が目につく。これらの場合、拡張認定を行わなければまったく罪を問えない場合はさておき、少なくとも未遂犯と過失犯の併合罪ととして処理できるようなものは、そうすることで現実に処罰の上での不都合は生じない場合がほとんどであろう。そうであるならば、当罰要求を過度に意識することなく犯罪の成立においては謙抑の態度が堅持されるべきはなかろうかと思われる。また、犯罪不成立となってしまうような場合にはやはり立法的解決を行うのがよいであろう。昨年からはじめた「裁判員の参加する裁判」を前提とするとき、法文からあまりにかけ離れた解釈・適用を国民に押しつけるようなことがあってはならないともいえよう。

- (18) 「電気窃盗事件」(大判明36・5・21刑録9・874)や「死者の占有」に関する判例(最判昭41・4・8刑集20・4207)といった基本判例にはじまり、多くの拡張解釈が見られる。
- (19) 窃盗目的で電気店に侵入し、金欲しさに煙草売り場の方に行きかけたところで家人が帰ってきたため暴行を振るい、致死傷の結果を生じさせた事案につき、裁判所は、被告人は窃盗の実行に着手していたと認定した。最決昭40・3・9刑集19・2・69。しかし、この事案で被告人が暴行を振るう前に家人に取り押さえられていたなら、はたしていかなる犯罪が成立するとされたであろうか。
- (20) 強姦目的で被害者をダンプカーに引きずり込んだ際、怪我を負わせたが、そのまま5km離れた護岸工事現場まで連れて行き強姦に及んだ事案で、ダンプカーに引きずり込む行為が強姦の着手とされたものである。最決昭和45・7・28刑集24・7・585。この事案でも、後の姦淫行為がなされていないか、それでも強姦致傷罪が成立するとの判断が示されていたか疑問である。