

<最高裁平成16年3月22日（クロロホルム事件）の分析>

1. 刑法43条「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者」を未遂処罰。

→ 実行の着手時期は実行行為（=構成要件該当行為）の開始時点

→ これが判断の出発点であり、しほりでもある（罪刑法定主義）。

→ しかし（純粹な）形式的客観説からくる不都合性

→ 密接行為説（大審院昭和9年10月19日）の登場（形式的客観説を緩和）。

* 構成要件該当行為に密接な行為がなされた時点。密接性判断の際には、法益侵害の危険性も考慮しているようである（「他人の財物に対する事実上の支配を犯すに付き密接なる行為」大審院昭和9年10月19日）

2. 未遂犯を処罰するのは、その行為が結果発生 of 具体的危険性を持っているからである…その危険が切迫したものであるところに未遂が予備から区別される実質的な理由がある…切迫した危険といってもその程度にはかなりの幅がありうる。したがってこれを明確にするためには、形式的ないし時間的な限定が必要である。しかしそれは必ずしも構成要件的特徴を持つ行為そのものである必要は無い…このような行為で結果発生 of 切迫した危険を持つものが実行の着手だ、ということになる（平野龍一／刑法総論II）。

→ 既遂に至る客観的な危険性が発生した時点で実行の着手を認める（最高裁昭和45年7月28日）＝実質的客観説

3. 結論

刑法43条の文言上の制約からくる「密接性」基準と、未遂犯の処罰根拠から導き出される「危険性」の基準の双方を考慮に入れるべきである。

4. 「危険性」判断の作法

計画的犯行の事案においては、実行着手の時期を判断するに当たっては、犯人の計画をも判断資料に加えるのが相当である（犯人が家宅に侵入して金品物色の為筆筒に近寄った行為は事実上の支配を犯すについて密接な行為をしたものであると評価できる旨判示。大審院昭和9年10月19日）。ただし「願望」は考慮しない。

5. 「ある犯罪の既遂に至る客観的な危険性」とは？

①「実行の着手に当たるかどうか問題とされている行為」から「当該犯罪の構成要件該当行為に至る客観的な危険性」を意味し、②「実行の着手に当たるかどうか問題とされている行為自体」から「当該犯罪の既遂の結果に相当する結果（既遂の結果）が発生する物理的な可能性」を問題にしているわけではないので注意。

→ 仮に、人を死に至らせる可能性のあるクロロホルムではなく、そのような可能性の

全く無い薬物（ただし被害者を確実に失神させることのできるもの）を用いたものであったとしても、第1行為を開始した時点において殺人罪の実行の着手があったとする結論に変わりはないと思われる。

6. 重視すべきファクター

① 準備的行為と構成要件該当行為の不可分性

犯人の計画等に照らして、準備的行為が構成要件該当行為を確実にかつ容易に行う為に必要不可欠であり、両行為が一連の行為として不可分の関係にあるといえるかどうか。

② 準備的行為と構成要件該当行為との時間的場所的近接性

犯人の計画等に照らして、準備的行為と構成要件該当行為との間に時間的場所的近接性があると言えるか否か。時間的場所的近接性を肯定できる場合には、密接性基準も危険性の基準も満たすことが多いであろう。時間的場所的近接性がやや弱い時に、犯人の犯意が強固であるといった要素によりこれを補うことができるかどうかについては議論の余地あり。

③ 準備的行為終了後の障害の有無（結果発生 of 自動性）

犯人が準備的行為に成功した後に計画を完遂する上で障害となるような特段の事情があるかどうか。時間的場所的近接性がやや弱い場合であっても、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には、危険性の基準のみならず近接性の基準も満たしたものと認められることが多いであろう。

④ 準備的行為自体が成功する可能性

犯人が準備的行為を成功させるに足りる人的物的な準備をしているか否か。実行犯の人数、犯行道具の準備状況、犯行の時刻・場所や被害者の状況などを考慮する。準備的行為が構成要件に該当行為に密接したものであるとしても、犯人において準備的行為を成功させることが困難であると認められるならば、危険性の基準を満たさないと評価されることになる。

* ③についての考察

「殺害目的で密かに数ヶ月後に爆発する時限爆弾装置を備え付けた場合、爆破の直前の時点まで予備にとどまると考えるべきではないと思われる…結果発生 of 時間的切迫性よりも、むしろ結果発生に至るまでのプロセスにおける障害の不存在、言い換えれば、結果発生 of 自動性が危険判断の基準とされるべきなのである…このように結果発生（犯罪の実現） of 時間的切迫性かそれとも結果発生（犯罪の実現） of 自動性のどちらかがあれば着手を認めてよい（学説）。

7. 強姦性交等罪のダンプカー助手席への引きずりこみ事件（最高裁昭和45年7月28日）をアレンジして、暴行を用いることなく、被害者をだまして自動車内に連れ込んだ事例としたらどうであろうか。形式的な構成要件による限定をどこまで重視するかという問題である（43条の解釈論からくる限界の問題）。だます行為と後の暴行行為との間に断絶があり、だます行為はそれを強姦性交等の実行行為の直前行為と認めることができないので実行の着手は否定されるべきであろう。実行の着手を認める為には、単に危険性（すなわち時間的な切迫性又は障害の不存在）があればそれで足りるというものではないということである。最低限、構成要件に該当する行為に直接に接続する「直前行為」（ないし密接行為）が行われることが必要であり、それ以前にまで着手時期を遡らせることは刑法43条の解釈の限界をこえる。

8. 構成要件に該当する行為に直接に接続する「直前行為」（密接行為）について。

「直前行為・密接行為」＋「実行行為」

↑

実行の着手時期

直前行為・密接行為として許容される行為とは何なのか。何でもよいのかどうか。

- ① 殺人罪であれば、人を死に至らせる可能性のある行為が実行行為であるから（手段非限定型犯罪）、それに関連する行為は比較的幅広く取り込むことができそうである（状況・計画にもよる）。
- ② 強姦性交等罪はどうか。構成要件として実行行為は暴行・脅迫と規定されておりかなり限定的である（手段限定型犯罪）。しかも犯行を抑圧するに足りるものでなければならぬ。関連する行為は狭くなりそうである（詐欺的行為は含まれない等）。
- ③ 放火はどうか。いわゆる「放火行為」が実行行為である。対象物に現実に火を放つ必要があるのかどうか。下級審判例はわれているが、点火行為以前でもガソリンを撒く行為や、自働発火装置を取り付ける行為などは、危険発生 の程度や、装置の精巧性、装置が事前に発見される可能性等を考慮し、含ませることができると言えそうである。しかし、放火の目的で他人の住居に侵入しただけでは、放火罪の実行の着手ありとはいえない（大判明治43年2月28日）。

9. 時間的場所的近接性について

必ずしも、結果発生の実確性・容易性に還元できる条件ではない。時間的場所的隔離は、多くの場合、結果惹起の実確性を減殺させる要因にはなる。

例：時限爆弾を設置し、起爆する時期が数週間後の場合、設置段階で殺人罪の実行の着手を認めることができるか？

爆発するまでに、誰かによって発見される可能性が高い場合には結果惹起が阻止される可能性があり、結果惹起の確実性が不十分になってくる。(大阪地裁昭和57年4月6日は、被害者の自力脱出の可能性・第三者による救助の可能性、犯行計画の未確定さなどを理由に、時間的隔離がある場合に、気絶させた行為に殺人罪の実行の着手を否定した)。

しかし、設置場所によっては、爆発するまでに発見される可能性がおよそありえない事例もありうる。この場合はどうか。時間さえ経過すれば、結果惹起は確実といえる。しかし平成16年判例に照らすと、時間的場所的近接性を満たさず、時限爆弾をセットした段階では、殺人罪の実行の着手は認められないであろう。判例が、「障害となる特段の事情が無いこと」要件と、「時間的場所的近接性」要件を書き分けたことを考慮すれば、時間的場所的近接性要件は、結果発生¹の確実性の問題に解消されるわけではないと見るべきである。隔離犯に関する判例の立場とも整合する(大判大正7年11月16日)

10. 平成16年判例の射程の捉え方(オートマチック性について)

例1：妻が夫を毒殺する目的で毒入りウィスキーを戸棚に隠していた場合はどうか。

一般的には「殺人予備」どまりとされてきた。しかし、夫が全く怪しまず毒入りウィスキーを飲む蓋然性が高い場合はどうか?しかも妻の犯行計画が比較的近い将来に飲ませることが予定されていた場合はどうか?平成16年判例の基準に従えば、準備段階で殺人未遂との評価がされるのではないだろうか。これに対しては、ウィスキー準備行為は、単なる「準備」であり、「殺害の遂行」ではないとの批判がある。しかし、クロロホルム吸引それ自体での死亡の危険性を考慮することなく、第1行為段階で実行の着手を肯定しているのだから、両者を質的に区別することは困難である(「それ自体が、「実行の着手にあたるかどうか」が問題とされている行為自体」から「当該犯罪の既遂の結果に相当する結果(既遂の結果)が発生する物理的な可能性」を問題にするのではない)。

例2：屈強な男性数名が凶器を所持して、一人暮らしの老人の家に強盗目的で侵入した場合、侵入行為は不可欠の前提行為であり、時間的場所的近接性もあるとして、侵入段階で強盗の実行の着手を認めることができるか?

この場合にまで、実行の着手を認めるのはいき過ぎではないか。被害者がなお抵抗する可能性が残されているので、わずかながら障害が残っていると評価すべきであろう。本決定の射程を考える際には、本件被害者が、クロロホルムで昏倒しており、およそ抵抗の可能性が封じられていたことが重要といえそうである(また、強盗罪の実行行為の定型性から見ても、「密接行為」と見ることは厳しい)。

【コメント】

第1行為がなされれば、第2行為(実行行為本体)が「オートマチックに」行われるという場合に限定して適用すべきであろう。未遂犯の成立範囲が大幅に前倒しされる可能性があり、未

遂犯処罰が政策的な処罰拡張事由であることを考慮すると、慎重な対応をすべきである。

**事例
問題**

甲は、Vを事故死に見せかけ殺害し保険金を詐取しようと考え、クロロホルムを使ってVを失神させた上、車ごと海に転落させて溺死させる計画を立てた。

甲は、Vを失神させた上（第1行為）、車で2キロメートル離れた場所に移動し、海中に転落させて沈めた（第2行為）。

ところが、第2行為に及ぶ前にVは死亡していた。

甲の罪責を述べよ。

■ 解答 短文事例問題集 P213