

殺意の認定

(最二判令和三年一月二十九日刑集七五卷一号一頁)

大場 史朗

1. 事実の概要

第一審の認定によれば、本件の事実は概要、以下の通りである。

(一) 被告人は、千葉県印西市内の老人ホーム(以下「本件老人ホーム」という。)において准看護師として勤務しており、同僚のAが自動車で通勤していることを知っていた。

被告人は、平成二十九年二月五日午後〇時頃から同日午後一時頃までの間に、本件老人ホーム事務室において、Aに対し、睡眠導入剤錠をひそかに混入したコーヒーを飲ませた。Aは、同日午後三時頃になると、意識障害等を伴う急性薬物中毒の症状が生じ、普段とは違う口調で脈絡のない発言をするようになり、机に突っ伏して寝た。この様子を見ていた被告人は、Aに帰宅を促した。

Aは、普通乗用自動車(以下「A車」という。)の運転を開始したが、仮睡状態等に陥り、同日午後三時四十分頃、約一〇〇m走行した地点において、A車を脱輪させて鉄パイプの柵に衝突させる物損事故を起こした(以下「本件物

「損害事故」という)。被告人は、その現場に駆けつけ、上記鉄パイプの先端がA車に突き刺さっているのを目撃した。Aは、本件物損事故の状況を説明できず、フェンスに背中をもたれて立ったまま寝ている様子であり、被告人がAの両頬を両手で叩いて声をかけても、黙ってぼう然と立ったままであった。Aは、ふらつきながら同事務室に戻り、机に突伏して眠り込んだ。

被告人は、同日午後五時三十分頃、A車が走行可能である旨を告げてAを起こし、運転して帰宅するよう本件老人ホームから送り出した。

Aは、A車の運転を開始したが、その後間もなく、急性薬物中毒に基づく仮睡状態等に陥り、約一・四km走行した地点において、A車を対向車線に進出させ、対向進行してきたB運転の普通貨物自動車にA車を衝突させた。この事故により、Aは胸部下行大動脈完全離断等の傷害を負い、同日午後七時五十五分頃、搬送先の病院において死亡し、Bは全治約十日間を要する左胸部打撲の傷害を負った（以下、このA及びBに係る事件を「第一事件」、その事実を「判示第一の事実」という）。

(2) 第一事件後、被告人は、自己の行為によりAが交通事故を起こして死亡した事実を認識した。

被告人は、同僚のCの夫であるDがCを自動車で本件老人ホームに送迎していることを知っていた。

被告人は、同年五月十五日午後一時頃から同日午後一時三十分頃までの間に、本件老人ホーム事務室において、C及びDに対し、睡眠導入剤錠をひそかに混入したお茶を飲ませた。C及びDは、意識障害等を伴う急性薬物中毒の症状が生じ、同日午後二時頃以降、Dが椅子に座ったまま眠り込み、その後C及びDとも体調が悪化して同事務室等で休んでいたが、被告人は、この様子を見ていた。

被告人は、同日午後五時三十分頃、同事務室で寝ていたC及びDに対し、帰宅時間である旨を告げて起こし、Dに

自動車を運転してCと共に帰宅するよう仕向けた。

Dは、助手席にCを乗せて普通乗用自動車（以下「D車」という。）の運転を開始したが、Cと共に急性薬物中毒に基づく仮睡状態等に陥り、同日午後六時頃、約四・七km走行した地点において、D車を対向車線に進出させ、対向進行してきたE運転の普通貨物自動車にD車を衝突させた。この事故により、Cは全治約一か月間を要する両側肋骨骨折の傷害を、Dは全治約十日間を要する全身打撲傷等の傷害を、Eは加療約三週間を要する頸椎捻挫等の傷害をそれぞれ負った（以下、このC、D及びEに係る事件を「第二事件」、その事実を「判示第二の事実」という。）。

弁護人及び被告人は、判示第一及び第二の事実について、被告人がA並びにC及びDに対し、嫌がらせの目的で密かに睡眠導入剤を摂取させたことは認め、それが傷害にあたることは争わなかったが、被告人の行為は殺人の実行行為にあらず、殺意もなかったと主張した。

2. 第一審の判断

(1) 第一審は被告人のAおよびBに対する殺意について次のように判示した。

「殺意の有無について：検討すると、被告人は：殺人の実行行為性を基礎付ける事実関係のうち主要な部分の認識に欠けるところはなく、とりわけ：Aによる物損事故の発生やその後の事故現場や事務室におけるAの様子を目の当たりにしたことにより、Aに実際に自ら摂取させた睡眠導入剤の影響による意識障害等を生じていて、それによる物損事故を起こし、その後もその意識障害等が解消していない状態であることを十分に認識したものと認められる。そして、被告人は、そのようなAが車を運転すれば：死亡事故を含めあらゆる事故を引き起こす危険性が現実的にも高ま

ったことを認識しながら、あえてAが車を運転して帰宅するよう仕向けることにより、そのような危険の現実化に向けた行為に及んだものといえ、遅くともAを本件老人ホームから送り出した時点では、死亡事故を含む交通事故を引き起こすかもしれないがそれでもやむを得ないという判断の未必的な殺意があったことが認められる。」(なお、Bについての殺意については明示的に触れられていない)

(2) 第一審は被告人のC、DおよびEに対する殺意について次のように判示した。

「殺意の有無について…検討すると、被告人は、既に検討した判示第一の犯行の結果から、睡眠導入剤の影響による意識障害等が生じている状況で車を運転すれば、その本人又は巻き込まれた第三者を死亡させる事故を含むあらゆる態様の事故を引き起こす危険性があることを現実のものとして認識していた。」「被告人には、Dらに睡眠導入剤を密かに摂取させた時点から、死亡事故を含む交通事故を引き起こすかもしれないがそれでもやむを得ないという…未必的な殺意があったものと認められる。」(なお、Eについての殺意については明示的に触れられていない)

3. 控訴審の判断

(1) 控訴審はまず、殺意認定の判断方法について次のように判示した。(㉗)㉘は引用者)

① 被告人の行為においては「㉗自動車運転を仕向けた後にも、運転者が再び寝込んでしまうほか、他の者が運転者に対して運転しないように止めるなどして、自動車の運転をしなかったり、その運転を開始した後も気分が悪くなつて運転を止めたりする可能性がある上、④運転を継続して実際に交通事故を起こしたとしても、交通事故の程度や規模は様々であるから、運転者、同乗者又は事故の相手方は、傷害を負ったとしても死亡するに至らなかつたり、

そもそも傷害を負わなかったりする可能性も相当程度ある。したがって、㉔このような行為は、前記のとおり、運転者自身、その同乗者、及び交通事故の相手方を死亡させる現実的危険性が相当程度あり、実行行為性は認められるとしても、例えば、鋭利な刃物で人体の枢要部を刺すとか、両手で頸部を絞めるといった、人が死ぬ危険性が高い行為とは異なり、結果が傷害や物損事故等にとどまる可能性もかなりあり、死亡の危険性が高いとまではいえない。そして、㉕このような人が死亡する危険が高いとはいえない行為について、殺意が認められるためには、行為者が、実行行為による人の死亡の危険性を単に認識しただけでは、人が死亡してもやむを得ないと認容したといふことはできず、実行行為の結果としてその人が死亡することを行為者が期待するなど、意思的要素を含む諸事情に基づいて、行為者が、その人が死亡してもやむを得ないと認容したことを要すると解すべきである。

② この点について、原判決は：運転者や同乗者と事故の相手方の区別をせずに、被告人が、A又はD及びCに睡眠導入剤を摂取させたことよって、意識障害等を生じさせ、そのような状態で運転すれば、あらゆる事故を引き起こす危険性が現実的にも高まったことを認識しつつ、あえてAやDが車を運転して帰宅するよう仕向けることで、危険の現実化に向けた行為に及んでいるから、未必の殺意が認められる旨説示している。これは、本来人の死亡の結果が生じる危険性が高い行為について用いられるべき、専ら行為者の認識を基準とする判断枠組みを、死亡の結果が生じる危険性が高いとはいえない行為について用いるとともに、これと整合性を保つため、認識の対象となる行為について、「その者や巻き込まれた第三者を死亡させる事故を含めあらゆる態様の事故を引き起こす危険性が高い行為」と規定して、上記の危険性の程度を引き下げている。しかし、このような殺意の認定手法を採ると、例えば、アルコール又は薬物の影響により正常な運転が困難な状態で自動車を走行させた場合等、本来傷害、暴行、又は器物損壊の故意が認められるにとどまる事例を、対向車の運転者や歩行者等不特定の者に対する殺意が認められるものとして取

り込む結果となり、殺意の意義を希釈することになりかねず、妥当でないといふべきである。

③ また、原判決の上記説示が、運転者や同乗者と事故の相手方の区別をしていないのは、行為の危険性についての被告人の認識のみを基準として未必の殺意の有無を判断したことに由来するものと考えられる。しかしながら、本件においては、実行行為の直接の相手方である運転者や同乗者と事故に巻き込まれた第三者とでは、死亡の危険性の程度に違いがあり、これを受けて被告人の認識も異なることから、被告人の殺意を認定する上で必要とされる意思的要素にも差異が生じると考えられるところ、これらの点を捨象して、原判決のように、あらゆる態様の事故を引き起こす危険性の認識の有無のみに基づいて一律に未必の殺意の有無を判断するのは、相当でないといふべきである。被害者の置かれたそれぞれの状況に応じて、実行行為の結果としてその人が死亡する危険性の程度の認識や、その結果を被告人が期待していたことなどといった意思的要素等の諸事情に基づいて、被告人がその死亡の結果を認容していたかを検討する必要がある。」

(2) 控訴審は、その上で次のように判示し、第一審の判断には「Bに対する殺人未遂罪の成立を認めた点において、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実の誤認があるといわざるを得ない」とした。

被告人がAの死亡を期待していたと認められるものの、「Aは鉄パイプ柵に自動車衝突させる事故を起こしたのであって、対向車と衝突したわけではないから、被告人が、Aが第三者の運転する自動車に自らの自動車を衝突させて、その第三者が死亡する危険性まで具体的に想起し得たとは考え難い。」「交通事故の相手方は、居眠り運転をしているAの車両が自車の車線にはみ出してきても、これを避けて自らの命を守ろうとする行動を採ることが一応可能であって、その死亡の可能性はAと比較しても低かったとみるべきであり、Aが上記の状態で自動車を運転したからとい

つて、被告人が、事故の結果としてその相手方が死亡することまで必ずしも想起し得るとはいえない。加えて、被告人が本件実行行為に至った動機は、必ずしもその詳細は明らかでないが、Aに対する何らかの悪感情以外には考えられないところ、被告人が、Aが引き起こす交通事故の相手方の死亡を期待する理由は全くない。そうすると、実行行為の結果としてAの運転による事故のためにその相手方が死亡することについては、もともとその可能性が低く、被告人がそれを想起し難いことに加えて、被告人には前記の意思的要素も認められないというべきである。したがって、被告人が、Aが起こす交通事故の相手方が死亡してもやむを得ないと認容したと認めるには合理的疑いが残るといべきである。」

(3) さらに、控訴審は次のように判示し、第一審の判断には「Eに対する殺人未遂罪の成立を認めた点において、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実の誤認があるといわざるを得ない」とした。

判示第一の犯行においてAは死亡したが、事故の相手方であるBは傷害をおつたにとどまっており、被告人が上記傷害を負ったことについてどのような認識を有していたかは必ずしも明らかでないことからすれば、「被告人は、睡眠導入剤を摂取させた者が自動車を運転したとしても、交通事故の相手方まで死亡する可能性が高いと思っていたとは考え難い。また、Dらが自己を防御することができない状態であることは被告人にとっても明らかであったと認められるのに対し、前記のとおり、交通事故の相手方は、居眠り運転をしているDらの車両を避けて自らの命を守ろうとする行動を採ることが一応可能であつて、Dが自動車を運転したからといって事故の結果としてその相手方が死亡することまで当然に想起し得るともいえない。原判示第一の事実において相手方が上記傷害にとどまっているのであれば、なおさらである。加えて、被告人が、原判示第二の実行行為に至った動機としては、C及びその配偶者であるD

に対する悪感情以外に考えられないところ、被告人が事故の相手方の死亡を期待する理由は全くない。そうすると、実行行為の結果としてDの運転による事故のために事故の相手方が死亡することについては、その可能性が低く、被告人がそれを想起し難いことに加えて、被告人は前記の意思的要素を備えていたとも認められない。したがって、被告人が、Dが起こす交通事故の相手方が死亡してもやむを得ないと認容したと認めるには合理的疑いが残るといふべきである。

(4) 控訴審は以上のように判示した上で、BおよびEに対する未必の殺意が認められないにもかかわらず、第一審判決がこれらを認めたことにつき、「判決に影響を及ぼすことが明らかな事実の誤認がある」として第一審判決を破棄し、(差戻し後の)「：第一審において、B及びEに対する各傷害罪の成否(検察官としては、危険運転致傷罪の間接正犯を予備的訴因として設定することも考えられる。)について、裁判員の参加する合議体により審理を尽くした上で、認定した事実に基づいて量刑判断を行うのが相当である」とした。

4. 本判決の判断

(1) 本判決は、まず刑訴法三八二条にいう「事実誤認」の意義について次のように判示した。

「刑訴法三八二条の事実誤認とは、第一審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることをいうものと解するのが相当であり、控訴審が第一審判決に事実誤認があるというためには、第一審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に示すことが必要である(最高裁平成二十四年二月十三日第一小法廷

判決・刑集六六卷四号四八二頁）が、原判決は、以下のとおり、B及びEに対する殺意を認めた第一審判決の事実認定について、論理則、経験則等に照らして不合理な点があることを十分に示したものは評価することができない。」

(2) 本判決は、第一審の判示について次のように評価した。

「第一審判決は、殺意の有無を検討するに当たり、巻き込まれた第三者を死亡させる事故を含むあらゆる態様の事故を引き起こす危険性の認識について説示している。このような説示では、被告人が死亡事故発生の危険性をどのように認識していたのが明確にならず、いささか措辞不適切であるといわざるを得ない。しかし、判文全体を通覧すると、被告人の行為は、交通事故を引き起こす危険性が高い行為であり、事故の態様次第でAらのみならず事故の相手方を死亡させることも具体的に想定できる程度の危険性があると評価したものと解される。第一審判決は、その上で、被告人は、このような自己の行為の危険性を認識しながらAやDに運転を仕向けており、事故の相手方であるB及びEが死亡することもやむを得ないものとして認識・認容していたと判断したものと解するのが相当である。そうすると、第一審判決が認識の対象となる危険性の程度を引き下げているという原判決の指摘は、必ずしも第一審判決を正解したものとはいえない。」

(3) 本判決は、その上で次のように判示し、「第一審判決に事実誤認があったとした原判断には刑法法三八二条の解釈適用を誤った違法があり、この違法が判決に影響を及ぼすことは明らかであつて、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる」とした。(ア) (エ)は引用者)

「原判決は、①被告人が運転を仕向けた後にも、AやDが再び寝込んでしまうほか、他の者が運転しないように止め

るなどして、運転をしなかったり、運転開始後も気分が悪くなって運転を止めたりする可能性があった上、運転を継続して実際に交通事故を起こしたとしても、Aら又は事故の相手方は、傷害を負わなかったり、傷害を負ったとしても死亡するに至らなかつたりする可能性が相当程度あったから、被告人の行為は、人が死亡する危険性が高いとまではいえない、②事故の相手方は、居眠り運転をしている車両が自車の車線にはみ出してきても、これを避けて自らの命を守ろうとする行動をとることが一応可能であるから、死亡の可能性はAらと比較しても低かった、と指摘する。

しかし、上記①については、⑦Aらは睡眠導入剤を摂取させられたことを認識しておらず、もうろう状態にあったことなどに照らすと、自らの判断で運転を避止又は中止できた可能性は低かったといえる。当時、被告人を除く本件老人ホーム職員の中でAらが睡眠導入剤を摂取させられていることを知っていた者はいなかったこと、被告人が他の職員の目が届きにくい状況でAらに帰宅を促していることなどに鑑みると、他の者が運転を制止する可能性も低かったといえる。顕著な急性薬物中毒の症状を呈していたAらが仮睡状態等に陥り、制御不能となったA車やD車がAらの自宅までの道路を走行すれば、死亡事故を引き起こすことは十分考えられるのであるから、原判決の上記①の指摘は、第一審判決の危険性の評価が不合理であるとするだけの説得的な論拠を示しているとはいえない。

上記②については、①A車やD車が制御不能の状態で行った場合に対向車の運転者が採り得る回避手段が観念的には想定できるとしても、実際にそのような回避がされるとは限らず、事故の相手方が死亡することも十分あり得る。原判決の上記②の指摘も、第一審判決の危険性の評価が不合理であるとするだけの説得的な論拠を示しているとはいえない。」

「ウ」原判決は、被告人の行為により事故の相手方が死亡する危険性は低かったとの評価を前提に、被告人には事故の相手方が死亡することを想起し難いというが、前提を異にする指摘である上、被告人は、ひそかに摂取させた睡眠導

入刑の影響によりAらが仮睡状態等に陥っているのを現に目撃し、また、第一事件の前には上記影響によりAが本件物損事故を引き起こしたこと及び第二事件の前には第一事件でAが死亡したことをそれぞれ認識していたのであり、各事件現場付近の道路交通の状況（証拠によれば、一定の交通量があったと認められる。）も知っていたのであるから、自己の行為の危険性を十分認識していたということができ、交通事故の態様次第では事故の相手方が死亡することも想定しており、B及びEはその想定範囲内に含まれていたといふべきである。したがって、B及びEに対する未必の殺意を認めた第一審判決の判断に不合理な点があるとはいえない。

なお、⑤原判決のいう実行行為の結果として被害者が死亡することを期待していたという事情は、本件において殺意を認定するために必要なものではない。原判決は、行為者自身が摂取した薬物等の影響下で自動車を走行させた事例を挙げて、実行行為の結果として被害者が死亡することを期待するなどの意思的要素を含む諸事情を要求しなければ、殺意の意義を希釈することになりかねないと批判するが、そのような事例と、本件事案とは、事故により行為者自身の生命が危険にさらされるおそれの有無など種々の相違があり、同列に論ずることはできないから、上記の批判をもって、第一審判決の不合理性を指摘できているとはいえない。」

「以上のとおり：B及びEに対する殺意を認めた第一審判決に事実誤認があったとした原判決は、第一審判決について、論理則、経験則等に照らして不合理な点があることを十分に示したものと評価することができない。」

【評釈】

1. 問題の所在

本件は、被告人が被害者A、CおよびDに睡眠導入剤をひそかに混入した飲み物を飲ませたのちに、自動車に乗って帰宅することを促し、AおよびDの危険運転行為の結果、Aが死亡し、CおよびDが傷害を負った事案である。特に、第一審および本判決では事故の相手方のBおよびEにも殺意を認めた点で興味深いものがある。

近年、特殊詐欺の故意の認定など注目すべき判例が登場し、故意の認定方法のあり方（特に認定の緩やかさ）が問題となっている¹。本件も故意の内容とその認定方法が焦点となっており、事例判断とはいえ、今後の殺意の認定方法に大きな影響を与える可能性がある。以下では、①先行評釈の概要、②殺意の認定方法、③本件における「危険性」判断の前提問題、④事故の相手方に対する他罪の成否、⑤「事実誤認」の意義の順に検討していくことにしたい。

2. 先行評釈

本件に関しては多くの評釈が公表されている。

まず、「意思的要素」も勘案して被告人の殺意を検討した控訴審判決については、故意の認定には「意思的要素」は不要であるとする立場から、①「期待」等の「意思的要素」は結局のところ「裁判官による法的評価」であり、それ

ゆえ、「認識が否定されれば、そもそも認容も否定される」ため、控訴審判決の「期待等の認容に関する部分は結論に影響を及ぼさない余分なもの」であるとす評釈^②、「意思的要素」によって「認識的要素」の不足を埋め合わせて未必の故意を認定するなら、それは疑問である」とす評釈^③がある。

また、被告人に責任能力がある場合でも結果発生の予見能力を欠く場合がありうるため、本件における未必の故意の認定の際には、精神障害等に起因する被告人の予見能力を検討すべきであつたとされる^④。

次に、本判決の故意の認定方法については、①「『低い危険性の認識』を『期待』で補って『故意』を認定する」という原判決の手法を否定した^⑤ものであるという評釈^⑤がある一方で、②本判決は「自己の行為が、死亡結果が発生することが具体的に想定できる程度の危険性のあることの認識があれば、これとは別に意思的要素の考慮を要することなく、そのこと自体から未必の故意を認め得るという枠組みを示したものである」であり「それゆえ、本判決では必ずしも危険性の程度が高いとはいえない場合の考え方は示されていない」とす評釈^⑥もある。前述のように、本判決においても被告人の予見能力を検討すべきであつたとす評釈もみられる^⑦。

本判決の危険性判断についての評価も分かれている。①本判決の危険性判断をおおむね肯定的に捉え、本判決は「具体的どの程度の死亡結果発生の危険性がある場合には、その認識から直ちに未必の故意の認め得るかの一例を示したものとす、実務上の意義を有する」とす評釈^⑧、他方で、②本判決の危険性判断を批判し、「本件のように、いつ、どこで、どのような人が自己に巻き込まれるか特定せず、かつ、その可能性もあまり高くないような事案では、本判決のように判断では、結果的に死傷したすべての被害者に対する殺人の故意を認めることになってしまふであろう」とす評釈^⑨、また、③裁判員裁判を前提として「現在の日本国民の常識」から危険性判断を行なうべきとする評釈^⑩などがみられる。

本判決が控訴審判決（原判決）は第一審判決の危険性の評価が不合理であるとするだけの説得的な論拠を示しているとはいえないことについては、「死亡の危険性は低かったとする原判決の評価それ自体が不合理であるとするものか、確実性の高い経験則：を用いておらず、第一審判決とは別の見方もあり得ることを示したにとどまり、合理性の論証には成功していないとするものである」という評釈がある一方で、そもそも事実誤認を論理則・経験則違反に限定することは不合理であるという立場から、「第一審判決について、論理則、経験則等に照らして不合理な点があることを十分に示したものと評価することができない』ことのみを理由に破棄し自判で有罪判決を復活させた本判決」には「検討の余地」があるとする評釈も見られる。

3. 殺意の認定方法

（1）殺意の意義とその考慮要素

本事案では殺意の認定につき、最高裁（および第一審）と控訴審の判断が分かれた。通説とされている認容説によれば、殺意とは、一般に、人の死亡という結果発生に対する認識・認容をいう。¹³⁾

故意は、意図（意欲）、確定的故意、未必の故意という形で区別され、意図と確定的故意を合わせて「確定的故意」と呼ぶ場合もある。¹⁴⁾ 特に裁判員裁判を念頭に、上記の確定的故意と未必の故意は結果発生の蓋然性の程度が違わずにないという指摘もなされている。¹⁵⁾

そして、「未必の故意」の存否に關して、周知のように、蓋然性説、認容説（積極的認容説／消極的認容説）、動機説（積極的動機説／消極的動機説）、¹⁶⁾ 実現意思説（法益侵害への意思決定）、¹⁷⁾ 相関関係説（認容説に基礎を置きつつ認

識的要素と意思的要素を相関させて判断する)等の考え方が主張されている¹⁷⁾。

他方、殺意の構造に着目して、意図型殺意と認識型殺意という分類も提唱されている。すなわち、殺意に関する判断において意図的要素と認識的要素が果たしている役割には違いがあり、そのため、殺害の意図が行為者の主観の中心になる場合(意図型殺意)と、結果発生の見解が主観の中心になる場合(認識型殺意)とでは、「殺意の構造」に違いがあり、責任非難の根拠も異なるとされる¹⁸⁾。そして、認識型殺意は、①結果発生の可能性を認識している場合と、②結果発生の可能性が低いとは言えないが必ずしも高いとは言えない場合に分けられ、①の場合は意思的要素が希薄でも問題なく、②の場合は、相補的な関係にある認識的要素と意思的要素を総合考慮する必要があるとされる。本件の控訴審判決も、意図型殺意と認識型殺意との区別を前提に、この②の立場をとっているとと思われる。

故意認定の考慮要素としては、行為者の自白が有力かつ直接的な証拠となるが、殺意認定の基準となる情況証拠としては、①創傷の部位、②創傷の程度、③凶器の種類、④凶器の用法、⑤動機の有無、⑥犯行後の行動、⑦その他の事情(「殺してやる」などの犯行中の行為者の発言、飲酒酩酊している場合の行為者の意識の程度など)があるとされる¹⁹⁾。

(2) 裁判員裁判と殺意の認定

裁判員制度の実施に当たって、参加する裁判員に必ずしも理解が容易ではない法的概念につき、「解釈の近似値²⁰⁾」を示した説明概念が提唱された。殺意もその一つである。すなわち、故意の成立範囲につき、学説上対立がない事例を念頭において、「人が死ぬ危険性(可能性)が高い行為をそのような行為であると分かって行っていたら、殺意が認められる」という説明(以下、「殺意に関する基本的説明」ということがある)が示され、実際に裁判員裁判で活用され

ている。⁽²¹⁾ 前記の意図型殺意と認識型殺意の分類に即していえば、認識型殺意の立証方法が中核となっているといえる。そして、本事案の第一審における裁判員裁判においても、「殺意に関する基本的説明」に沿って被告人の殺意が認定されたとみられる。⁽²²⁾

他方、当初より、学説上対立が生じうる、認識した結果発生の危険性の程度が低い場合については、上記の「殺意に関する基本的説明」ではカバーできないとされていたことも重要であろう。もともと、そのような場合、通常、検察官は「殺すつもり」があったと認められる場合しか起訴しないことを前提に、「通常の意味での殺すつもりがあったかどうか」が問題となることを裁判員に説明すれば足りるとされていた。⁽²³⁾

(3) 殺意認定の推認方法

「殺意に関する基本的説明」による故意認定の手法としては、すでにみたように認識型殺意の立証が目指される。この場合、殺意の推認は次のように二段階の過程を経るとされる。⁽²⁴⁾

まず、第一段階として、行為者の行為が、一般人からみて「人が死ぬ危険性（可能性）が高い行為」かどうかが検討される。そして、肯定されれば、特段の事情がない限り、行為者も「人が死ぬ危険性（可能性）が高い」と認識していたと推認される。

次に、第二段階として、行為者が「人が死ぬ危険性（可能性）が高い」と認識して行為に及んでいることから、特段の事情がない限り、死の結果を認容していたと推認される（以下、この推認方法を「推認方法A」という）。

他方、すでにみたように、結果発生の可能性が低いとは言えないが必ずしも高いとは言えない場合には認識的要素の弱さを意思的要素が補完する必要があるが、相補的な関係にある認識的要素と意思的要素を総合考慮して殺意を認定

すべきという主張もなされている⁽²⁵⁾（以下、この推認方法を「推認方法B」という）。すでに確認したように、控訴審判決は明らかに推認方法Bをとっており、他方で本判決は推認方法Aをとっているようにみえる。

もつとも、本判決が、推認方法Bそれ自体を否定したのか、それとも否定まではせずに単に「人が死ぬ危険性（可能性）」の評価が異なるため推認方法Aをとったものかは必ずしも明らかではない。

4. 本件における「危険性」判断の前提問題

(1) 本判決と控訴審判決の「人が死ぬ危険性（可能性）」が高い行為」評価の分岐点
本判決（および第一審判決）と控訴審判決の結論の違いは、BおよびEについての「人が死ぬ危険性（可能性）」が高い行為」に対する評価、すなわち被告人の認識対象となる行為の危険性の評価の違いであることは明らかである⁽²⁷⁾。本判決は、第一審判決と同様に、被告人の行為によるA、CおよびDが「死ぬ危険性（可能性）」と、BおよびEのそれを明確に区別していない点にも特徴がある。問題は両者の判断がどうして分かれたのかである。以下、控訴審判決と本判決の評価の違いを見ていくことにしよう⁽²⁷⁾（⑦）⑧については判文参照）。

まず、控訴審判決によれば、⑦「自動車の運転を仕向けた後にも、運転者が再び寝込んでしまうほか、他の者が運転者に対して運転しないように止めるなどして、自動車の運転をしなかったり、その運転を開始した後も気分が悪くなつて運転を止めたりする可能性がある」として交通事故発生の不確実性を挙げ、それに加えて、⑧「運転を継続して実際に交通事故を起こしたとしても、交通事故の程度や規模は様々であるから、運転者、同乗者又は事故の相手方は、傷害を負ったとしても死亡するに至らなかつたり、そもそも傷害を負わなかつたりする可能性も相当程度ある」

として交通事故が実際に発生した場合の相手方死亡の不確実性を考慮し、そこから⑦「このような行為は：運転者自身、その同乗者、及び交通事故の相手方を死亡させる現実的危険性が相当程度あり、実行行為性は認められるとしても：結果が傷害や物損事故等にとどまる可能性もかなりあり、死亡の危険性が高いとまではいえない」として被告人の行為による結果発生の不確実性を導いている。

また、BおよびEの死亡の可能性については、交通事故の相手方は回避行動が一応可能であることから、その死亡の可能性はAおよびDらと比較しても低かったとしている。

控訴審判決はその上で、⑤このような「人が死亡する危険が高いとはいえない行為」について行為者の殺意を認定するためには認識的要素だけでなく、意思的要素を含む諸事情に基づいて、行為者が「その人が死亡してもやむを得ないと認容したことを要する」として、BおよびEに対する意思的要素を検討している。

他方、本判決は、第一審の判示につき「被告人の行為は、交通事故を引き起こす危険性が高い行為であり、事故の態様次第でAらのみならず事故の相手方を死亡させることも具体的に想定できる程度の危険性があると評価したものと解される」と理解した上で上記⑦および④につき、以下のように判示している。

すなわち、上記⑦については、「Aらは：自らの判断で運転を中止又は中止できた可能性は低かった」、「他の者が運転を制止する可能性も低かった」、「顕著な急性薬物中毒の症状を呈していたAらが仮睡眠状態等に陥り、制御不能となったA車やD車がAらの自宅までの道路を走行すれば、死亡事故を引き起こすことは十分考えられる」とし、他方、上記④については「対向車の運転者が採り得る回避手段が観念的には想定できるとしても、実際にそのような回避がされるとは限らず、事故の相手方が死亡することも十分あり得る」とした。

そのうえで、本判決は、①被告人が睡眠導入剤の影響によりAらが仮睡眠状態等に陥っているのを現に目撃していた

こと、②第一事件の前には上記影響によりAが本件物損事故を引き起こしたことおよび第二事件の前には第一事件でAが死亡したことをそれぞれ認識していたこと、③一定の交通量があつた各事件現場付近の道路交通の状況も知つていたことから、㊦「自己の行為の危険性を十分認識していたということができ、交通事故の態様次第では事故の相手方が死亡することも想定しており、B及びEはその想定範囲内に含まれていた」とした。本判決においては、この被告人の「自己の行為の危険性」の認識についても、Aらに対する認識と事故の相手方であるBおよびEに対する認識は明確に区別されていない。そして、㊧被告人が「被害者が死亡することを期待していた」という事情は、本件において殺意を認定するために必要なものではない」とも判示している。

本判決と控訴審判決の危険性判断の分岐点は、本判決の「事故の態様次第でAらのみならず事故の相手方を死亡させることも具体的に想定できる程度の危険性がある」、「事故の相手方が死亡することも十分あり得る」という判示、控訴審判決の「交通事故の相手方を死亡させる現実的危険性が相当程度あるが、「結果が傷害や物損事故等にとどまる可能性もかなりあり、死亡の危険性が高いとまではいえない」という判示にかかわる。

たしかに、事故の相手方が死亡することがありうるか否かというレベルでは「十分あり得る」と言える一方で、「死亡の危険性が高いとまではいえない」とも言える。両者の判示はその意味では矛盾するものではないという見方もある。

(2) 侵害犯と危険犯（公共危険犯）の故意の認定方法

本件の各事件では、被告人が運転者らに睡眠導入剤を摂取させて自動車の運転を仕向ける行為、すなわち「危険運転をさせる行為」によって、人の死傷結果が惹起されている。問題は殺意が認められるか、すなわち「人が死ぬ危険

性（可能性）が高い行為をそのような行為であると分かって行ったか」である。しかし、「人が死ぬ危険性（可能性）が高い行為をそのような行為であると分かって行ったか」といつても、殺人罪等の侵害犯の故意と危険犯の故意とは区別されなければならないだろう。⁽²⁸⁾

運転者等に睡眠導入剤を摂取させて「危険運転をさせる行為」が「人が死ぬ危険性（可能性）が高い行為」かどうかを検討する上では、類似行為を基本犯としている危険運転致死傷罪の性質と、同罪成立のために求められる行為者の危険性の認識の程度が参考になるように思われる。

「…薬物の影響により正常な運転が困難な状態で自動車を走行させる行為」（危険運転致死傷行為等処罰法二条一号）等を実行行為とする危険運転致死傷罪は、一般に、刑法典ではなく道路交通法違反（その中でも悪質な危険運転行為）の罪を基本犯とする結果的加重犯（侵害犯）の構造をとっているとされる⁽²⁹⁾。そして、「自動車運転という事柄の性質上、一回の事故で多数の死傷者が生じ得る」がゆえに法定刑の上限が傷害罪・傷害致死罪と同程度に引き上げられており、かつ、「本罪の構成要件的行為は…重大な死傷事犯となる危険が類型的に極めて高く、行為態様においても…極めて反社会性が強い運転行為に限定したもの」であることから罰金刑は設けられていない⁽³⁰⁾。さらに（それゆえ）、人の生命・身体の安全だけではなく、「交通安全」を保護法益としている犯罪類型であるとされている⁽³¹⁾。

このように危険運転致死傷罪は侵害犯ではあるものの、基本犯である危険運転行為に公共危険犯の性質が認められ、これが危険運転致死傷罪の重罰化の根拠とされている。

また、危険運転致死傷罪の故意についてみると、結果的加重犯という性格上、故意が要求されているのは危険運転行為の部分のみである。そして、薬物影響運転類型（二条一号）の場合、故意の内容として「正常な運転が困難な状態」であるという認識（運転の困難性を基礎づける事実の認識）が必要となるとされる。

他方、同罪を限定解釈する論者からは、加重結果についての反対動機の形成という観点から「致死傷という加重結果を招来する危険性の高い危険運転であることの認識」や、「本罪を生命・身体に対する具体的危険犯と解する場合、主観面でも当該客体への具体的危険発生を認識していることが必要」とされている。

このように基本犯である危険運転行為および危険運転致死傷罪が公共危険犯の性質をもつとすれば、本件の実行行為である運転者に「危険運転をさせる行為」も、不特定多数に重大な危険を及ぼす行為といえ、その「危険性」の判断においては「公共危険犯」の性質が関係しうるといえよう。³⁴⁾（もつとも、後述するようにそのような行為が危険運転致傷罪の間接正犯として成立し得るかは別論である）。

問題は、本件においては「危険運転をさせる行為」が「人が死ぬ危険性（可能性）が高い行為」であるかどうかの判断が重要であるとしても、行為者に殺意を認めるには、人を殺すという「侵害結果の認識」までの証明が必要で、「公共危険犯」のレベルでの「人が死ぬ危険性（可能性）が高い行為」の認識の証明では足りないということである。³⁵⁾

なお、間接事実からの推認という事実認定の観点からは、侵害犯よりも危険犯の故意の方が、「行為の危険性の認識」のみを立証すれば足りるという意味で、立証のハードルが低いということにも注意しなければならない。

（３）「殺意に関する基本的説明」の限界

本判決と控訴審判決の「人が死ぬ危険性（可能性）」の評価の違いに関して、さらに注意しなければならないのは、前記の「殺意に関する基本的説明」の限界である。

第一に、上記のように、侵害犯と危険犯の故意を区別しなければならぬとしても、「人が死ぬ危険性（可能性）」が高い行為をそのような行為であると分かって行っているれば、殺意が認められる」という説明で適切に線引きができる

のかという問題がある。当初より、この「殺意に関する基本的説明」については次のような批判が寄せられていたところであった。

たとえば、蓋然性説を支持する論者からも「犯罪成立要件の定義の問題と、それにあてはまる事実を認定する手がかりにすぎない問題とを混同するもののように思われ、重大な疑いを生じる。危険性の認識のみで故意を肯定することができるのは、危険犯の場合だけであり、侵害犯では侵害結果の認識が必要である」「殺意の概念規定は、自己の行為によって他人が死ぬかもしれないとわかっていることである。これが行為の危険性の認識によって置き換えられてはならない」との批判³⁶⁾、「認定論上の問題点として、死の結果の予見がないにもかかわらず故意殺人を認めるのであれば、これは『最低限「分かつていた」という事実が認定されずに、分かるはずの状況だったということ』で故意としての非難・評価を加える』ということを意味するのであり、このことは『重い非難・評価の基礎となる事実の存在を確定していないに等しい』といわざるを得ない」との批判³⁷⁾、加えて、「反対動機という面からみると、人が死ぬ可能性の高い行為と分かつていれば、死ぬと分かつていたときと同じく反対動機があり、同等の非難を加えてもよいと考えられる」が、「何らかの反対動機があれば故意犯が成立するのであれば、殺人と傷害致死の区別はなくなってしまふ。また、危険犯の故意と結果犯、侵害犯の故意は異なるのであるから、上記の考え方はとれないであろう」という懸念³⁸⁾がそれである。

したがって、「殺意に関する基本的説明」に基づいて殺意を判断することによって、人を殺すという「侵害結果の認識」が、人が死ぬ危険性があるという「行為の危険性の認識」に置き換えられてしまう危険がないか改めて確認する必要がある。

第二に、「殺意に関する基本的説明」における経験則の限界である。すでに指摘されているように、「殺意に関する

基本的説明」は、「鋭利な刃物で人体の要害部を刺すとか、両手で頸部を絞める」(控訴審判決)といった典型的な激情犯を前提とした経験則を示したものと考えられる。³⁹⁾ ここで「経験則」とは、①被告人の行為が「人が死ぬ危険性(可能性)が高い行為」であり、②通常、その行為を行えばほぼ確実に危険の現実化(人の死)が生じうるがゆえに、③そのような危険性が高くかつ結果発生(人の死)もほぼ確実な行為を、行為者が「そのような行為であると分かって行っていたら、殺意が認められる」というものである。

しかし、本件事案のように、①「危険運転させる行為」それ自体の危険性は高いものの、②その行為の実行により人の死の結果がほぼ確実に生じるとはいえない場合に、③行為者が「そのような行為であると分かって行っていたら、殺意が認められる」とは必ずしも言えないように思われる。

第三に、「殺意に関する基本的説明」それ自体からは、「危険性」の判断基準が直ちに浮かび上がってこないからである。すでにみたように、被告人の自白がない場合には、通常、凶器の種類、凶器の用法および動機の有無等の考慮要素を総合的に評価して故意が認定されるが、もっぱら被告人の行為がそれ自体の危険性に重きを置いて「人が死ぬ危険性(可能性)が高い行為」とされるおそれもありうる。とくに裁判員裁判の場合、裁判員の感覚によって、「被告人の心理は分からないが、これだけ危ないことをしているのだから、傷害致死ではなく殺人罪の方が良いと思う。殺意があったと判断します」⁴⁰⁾とされる可能性も否定できない。それゆえ、「人が死ぬ危険性(可能性)」といっても、侵害犯のレベルでの「人が死ぬ危険性(可能性)」と、危険犯のレベルの「人が死ぬ危険性(可能性)」が曖昧化する可能性も全くないわけではないだろう。

しかし、推認方法^{A)}を前提にしても、「人が死ぬ危険性(可能性)が高い行為」とは何かということ。「一般人の感覚」で自由に判断し、その危険性の程度を「水増し」してよいということにはならないだろう。裁判例の中には行為

それ自身が「人が死ぬ危険性（可能性）が高い行為」であるとしても、その他の間接事実を総合的に評価することに
より、殺人の故意を否定した事例もあることに注意しなければならない。⁴²

以上のように、本判決（および第一審判決）と控訴審判決の評価の違いには、裁判員裁判において導入された「殺意に関する基本的説明」の限界という問題も伏在している可能性がある。

5. 事故の相手方に対する殺人罪又は危険運転致傷罪等の成否

（1）危険運転致傷罪の間接正犯の成否

本判決には、「代表的な裁判員裁判対象事件である殺人未遂被告事件における殺意の有無について判断を示すとともに、自動車運転者を利用した殺人未遂の間接正犯を認めた事例として、意義がある」とする評釈も見られる。⁴³ もっとも、本件被告人がAおよびDの危険運転行為を利用して事故の相手方のBおよびEに傷害を負わせているといえることから、危険運転致傷罪の間接正犯の成否も問題となり得る。実際、控訴審判決は、差戻し後の第一審において「検察官としては、危険運転致傷罪の間接正犯を予備的訴因として設定することも考えられる」と明示的に言及している。ここでは、まず、そもそも危険運転致傷罪に間接正犯が成立するのか（危険運転致死傷罪の自手犯性）が問題となる。基本犯である危険運転行為が自手犯かどうかについて見解が対立しているが、⁴⁴ ①傷害罪・傷害致死罪とは別に危険運転致死傷罪が制定された理由は、およそ刑法上の暴行とはいえない自己による危険運転行為により死傷結果が発生した場合をも同罪に含むためとされること、⁴⁵ ②それゆえ危険運転致死傷罪は自己による自動車運転についての特別類型と解されること等に鑑みれば、やはり危険運転致死傷罪は自手犯と理解するのが妥当と思われる。

以上のことから、事故の相手方のBおよびEを傷害にいたした被告人の行為については、危険運転致傷罪の間接正犯は成立しえないと解するのが相当であろう。⁽⁴⁷⁾

(2) 殺人未遂罪の間接正犯の成否

それでは、本判決のように、本件の事情のもとにおいて、事故の相手方BおよびEに対する殺人未遂罪の間接正犯が成立するとする判断は妥当であろうか。⁽⁴⁸⁾

ここでは、本判決の、①「危険運転をさせる行為」の危険性（人が死ぬ危険性が高い行為であるか）についての評価、②行為者の危険性の認識（そのような行為であると分かって行ったか）についての評価が問題となる。

まず、行為者の認識の前提となる「危険運転をさせる行為」の危険性について、すでにみたように、本判決は第一審判決に即して「事故の態様次第でAらのみならず事故の相手方を死亡させることも具体的に想定できる程度の危険性がある」、「事故の相手方が死亡することも十分あり得る」とする。

しかし、本件の実行行為である「危険運転させる行為」は、事故の相手方との関係でいえば、①それ自体、不特定の「人が死ぬ危険性（可能性）」が高い行為」とはいえるものの、②その行為の実行により人の死の結果がほぼ確実に生じるとはいえないことに特徴がある。たしかに「危険運転をさせる行為」により「事故の相手方が死亡することも十分あり得る」というのが、その「人が死ぬ危険性（可能性）」には、客体の不明確性に加え、結果発生の時間的・空間的な不確実性も伴っている。したがって、事故の相手方との関係でいえば「公共危険犯」のレベルでの「人が死ぬ危険性（可能性）」はあるとはいえないものの、殺人罪の認定のための「人が死ぬ危険性（可能性）」として十分と言えるか疑問である。⁽⁴⁹⁾

次に、殺意の認定で重要となる行為者の危険性の認識について、本判決は、直接的な行為の対象者であるA、CおよびDと、事故の相手方であるBおよびEにつき、被告人の認識の程度の違いは認めつつも、それでもなお殺人罪（侵害犯）の「侵害結果の認識」の程度として十分であるとしているようにみえる。現に「本判決は、程度の差があるかどうかは別として、両者の間に殺意の存否を左右するような危険性の認識の違いはないという第一審の見方は不合理ではないと判断したものといえる」という評釈もある⁵⁰。

しかし、本件の「危険運転をさせる行為」における行為者の認識を考えた場合、本件においては「自己の行為によって他人が死ぬかもしれないとわかっていること」⁵¹、「すなわち人を殺すという「侵害結果の認識」まで立証されているのであろうか。行為の不確実性は行為者の主観面にも影響するように思われる。判文にあらわれた事情をもとに、本件における行為者の各被害者に対する殺意の有無を改めて確認すると次のようになる。

まず、第一事件のAについては、①被告人の認識においてAという客体が明確に特定されていること、②ひとたび事故が起されれば回避行動が困難となり重篤な結果を引き起こす可能性のある睡眠導入剤を被告人がAに投与していること、③第一事件の前に被告人がAによる物損事故の発生を被告人が認識していたこと、④そして、それにもかかわらず、被告人が自動車で帰宅を促したこと等を総合すれば、特段の事情のない限り、器物損壊や傷害の故意にとどまらず、殺人の故意を推認することができるように思われる。

次に、第二事件のCおよびDについては、上記の①客体の特定と②睡眠導入剤の投与に加え、③特に犯行前の事情として被告人が先行の第一事件において現にAが衝突事故を起こして死亡していることを認識していたにもかかわらず、さらにDに「危険運転をさせる行為」を行っていることが決定的に重要になるように思われる。

他方、事故の相手方BおよびEについては、実行行為時点の行為者の認識において客体が不特定であり、被告人が

全く面識のない事故の相手方BおよびEに対して殺意を抱くほどの動機があったとは考えにくく、また「嫌がらせ」をする動機もない。⁵³⁾

かりにそうだとすれば、事故の相手方に対する被告人の認識につき、本判決は、人を殺すという「侵害結果の認識」ではなく、「危険運転をさせる行為」によって不特定多数の者を死亡させる危険の認識（危険犯の認識）を問題としている可能性がある。本判決は、被告人が「自己の行為の危険性を認識」していたことを根拠に殺意を認定した第一審判決を是認しているが、被告人のAらが「死ぬ危険性」に対する認識と、事故の相手方のBおよびEが「死ぬ危険」の認識は「程度の差」という量的なものに止まらず、質的な差異があるのではないだろうか。⁵⁴⁾ それゆえ、「いつ、どこで、どのような人が事故に巻き込まれるか特定せず、かつ、その可能性もあまり高くないような事案では：結果的に死傷したすべての被害者に対する殺人の故意を認めることになってしまふであろう」という懸念を払しょくできない。⁵⁵⁾

したがって、侵害犯の故意のレベルでは事故の相手方についてはせいぜい傷害罪の故意しか認定できないように思われる。⁵⁶⁾ 特に、第二事件においては、被告人が先行の第一事件において事故の相手方Bが傷害を負っていることを認識して行為に及んだとすれば、特段の事情がない限り、第二事件の際にも、被告人には事故の相手方Eに対する傷害の故意があったことは推認できよう。また、本件では直接的には問題とされなかったが、「間接正犯」という構成ではなく、通常の錯誤論で処理すれば足りるという理解もありえよう（もつとも、その場合、判例のとる法定的符合説の当否が問題となる）。⁵⁷⁾

6. 「事実誤認」の意義

本判決は、最判平成二十四年二月十三日刑集六六卷四号四八二頁を引用した上で、BおよびEに対する殺意を認め、第一審判決に事実誤認があるとした控訴審判決は「第一審判決について、論理則、経験則等に照らして不合理な点があることを十分に示したものは評価することができない」とした。この判示も本件における「人が死ぬ危険性（可能性）」の評価にかかわる。

すでにみたように、「危険運転させる行為」のそれ自体の危険性に注目すれば、事故の相手方が死ぬ可能性は「十分ありうる」（本判決）といえる一方で、現実的には「死亡の危険性が高いとまではいえない」（控訴審判決）ともいえる。そして「経験則」が幅のある判断であるとすれば、その意味ではたしかに経験則違反があるとまでいえない。これが、本判決が判示するところの「第一審判決について、論理則、経験則等に照らして不合理な点があることを十分に示したものは評価することができない」という意味であろう。

しかし、すでにみたように、本判決のいう、事故の相手方に対する「人が死ぬ危険性（可能性）」の認識が、その実質は危険犯としての「人が死ぬ危険性（可能性）」の認識を問題としているとすれば、最高裁平成二十四年判決を前提としても、本来、殺人の「侵害結果の認識」を認定するためには、「人が死ぬ危険性（可能性）」が高い行為をそのような行為であると分かって行っていたら、殺意が認められる」という経験則が働くところ、第一審は、被告人には危険犯のレベルでの「人が死ぬ危険性（可能性）」の認識しかないにもかかわらず、「そのような行為であると分かって行っていたら、殺意が認められる」とした点につき、「論理則、経験則等」に照らして「不合理」とはいえないであろうか。

7. おわりに

本件の事案は、被告人が睡眠導入剤を運転者等に摂取させて「危険運転をさせる行為」を行い、被告人の殺意が問題となった事案である。

公道で「危険運転をさせる行為」という「公共危険犯」的性質をもつ行為が用いられた一方で、当該行為が「人が死ぬ危険性（可能性）が高い行為」かどうかが問われたため、殺意の認定の局面において、「公共危険犯」の要素もあわせて検討されることになったと思われる。

控訴審判決の論理を否定した本判決は「事故の相手方を死亡させることも具体的に想定できる程度の危険性がある」などとして、「原判決は、第一審判決について、論理則、経験則等に照らして不合理な点があることを十分に示したものと評価することができない」としたが、その表現にもかかわらず、本判決は、実質的には危険犯のレベルでしか「人が死ぬ危険性（可能性）が高い行為」と認められないものを、侵害犯としての「人が死ぬ危険性（可能性）が高い行為」に取り込んではいないだろうか。

かりにそうだとすれば、本判決のような故意の認定方法をとると、危険犯の故意しか認められないものを殺人罪の故意に格上げしてしまう可能性がある。そうすると、本来、殺意の認定には殺人罪の構成要件該当事実の認識・認容が必要であるにもかかわらず、危険犯としての「人の生命に対する危険」の認識・認容しか求めている点で責任主義違反の可能性はないだろうか。

他方、本判決が第一審判決の説示をおおむね肯定したことは裁判員裁判における「一般人の感覚」を尊重したともみることができよう。すでにみたように、「危険性の有無」のような規範的判断は「現在の日本国民の常識」に近いか

が重要であり、裁判員裁判をその「常識」を把握しやすくする手段」と位置付ける評釈もある³⁸⁾。

かりにそうだとすれば、本判決においては、自動車を利用した「公共危険犯」の危険性と「一般人の感覚」からみた危険性によって、殺人の故意の認定に必要な「人が死ぬ危険性（可能性）」が「水増し」³⁹⁾されている可能性はないだろうか。司法研究の「殺意に関する基本的説明」の限界も影響しているように思われる。

本判決は、事故の相手方に対する殺意の認定につき原判決に刑訴法三八二条の解釈適用を誤った違法があるとした事例判断にすぎず、認識的要素と意思的要素を総合考慮して殺意を認定する方法（推認方法⁴⁰⁾）までを否定したのではないといえよう。

- (1) 最二判令和元年九月二十七日刑集七三卷四号四七頁。
- (2) 玄守道「控訴審判批」刑事法ジャーナル六五号（二〇二〇年）一〇二頁。
- (3) 松宮孝明「控訴審判批」新・判例解説Watch二七号（二〇二〇年）一六九頁以下。
- (4) 玄・前掲註(2) 一〇六頁、松宮・前掲註(3) 一七一頁、大庭沙織「行為の危険性が高いとはいえない事案における殺意の認定方法」季刊刑事弁護一〇三卷（二〇二〇年）一二〇頁。
- (5) 松宮孝明「判批」新・判例解説Watch 刑法No.167（二〇二〇年）二頁。
- (6) 大塚雄毅「判批」警察学論集七四卷七号（二〇二一年）一八九頁。
- (7) 安達光治「判批」法学セミナー七九七号（二〇二一年）一二八頁、松宮・前掲註(5) 三頁。
- (8) 大塚・前掲註(6) 一九一頁。
- (9) 松宮・前掲註(5) 三頁。
- (10) 前田雅英「判批」捜査研究七〇卷三号（二〇二一年）五三頁。
- (11) 内藤恵美子「判批」ジュリ一五六四号（二〇二一年）一〇八頁。

- (12) 松宮・前掲註(5)三・四頁。
- (13) 遠藤邦彦「殺意の概念と証拠構造に関する覚書」植村判事退官記念二卷(立花書房、二〇一一年)二〇一頁など参照。
- (14) 原田保孝「殺意」『刑事事実認定重要判決50選(上) 第二版』(立花書房、二〇一三年)三三三頁。
- (15) 原田・前掲註(14)三三三頁。
- (16) なお、消極的動機を規範的に理解する立場として、(1)法が期待するような規範心理を行為者が備えていたと仮定したら(法の期待する「誠実な人」であったなら)、そのような結果発生の可能性の認識が行為を思いとどまる動機となるようなものであったかを基準とする見解(松宮孝明)、(2)刑法の前提とする自律的・理性的な人間であれば当該行為をやめる程度の特定の犯罪事実が生じうるとの判断(自己の行為が許されない危険を作り出し、それによって犯罪結果が生じうるとの一般的に妥当する判断)を、行為者が自己の知識・経験などに基づいて行ったにもかかわらず、当該行為をやめる意思決定を行わず行為したかを基準とする見解がある(玄守道)。玄守道『刑法における未必の故意―日独比較法史研究』(法律文化社、二〇二二年)二二二頁以下参照。
- (17) 玄・前掲註(16)二二二頁以下など参照。
- (18) 遠藤・前掲註(13)二〇二頁以下参照。
- (19) 大野市太郎「殺意」香城敏磨・小林充『刑事事実認定(上)―裁判例の総合的研究』(判例タイムズ社、一九九四年)二頁。もつとも、謀殺等をのぞけば、行為者も興奮状態にあるため当時の状況を正確に記憶することは困難と指摘される。
- (20) 山口厚ほか「座談会・裁判員裁判と刑法解釈の在り方」ジュリ一四一七号一三三頁(山口厚発言)。
- (21) 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』(法曹会、二〇〇九年)一二頁。
- (22) 内藤・前掲註(11)一〇六頁によれば、第一審において検察官は司法研究の説明と同様に、自動車で帰宅予定のA、CおよびDに対し睡眠導入剤を摂取させて運転を促すなどした被告人の行為は人が死ぬ危険性が高い行為であり、被告人はそれを分かって行ったものであるから、殺意があった旨主張したとされる。玄・前掲註(2)一〇三頁注1も参照。また、玄によれば、控訴審判決も「いわゆる認容説を前提に、危険性の高い行為の場合には、当該危険性を認識しつつ行為すれば、認容もまた認められると考えているようである」とされる。

- (23) 司法研修所編・前掲註(21)一三頁。また、当初より、「実際の裁判において殺人罪又は殺人未遂罪として起訴される事件については、経験上、死亡の結果発生の危険性が低い可能性にとどまるような場合は少ないように思われる」(同一二頁)として、検察官の起訴裁量を前提に、当初から「死亡の結果発生の危険性が低い可能性にとどまるような場合」は考慮外に置かれていたように思われる。
- (24) 原田・前掲註(14)三八二頁、半田靖史「裁判員裁判の判決書からみた『殺意』概念」法時八三卷一号(二〇一一年)九二頁など参照。
- (25) 原田・前掲註(14)三八五頁。
- (26) 内藤・前掲註(11)一〇七頁も同旨。
- (27) 内藤・前掲註(11)一〇九頁は「本判決は…認識の対象となる危険性の評価について不合理性の論証に成功していない以上、危険性の認識に関しても第一審判決の判断が不合理であるとする説得的な論拠を示していないと判断したものと解される」とする。
- (28) 侵害犯と危険犯との故意が違うことについては、松宮孝明「裁判員裁判と未必の故意」を問題とする視点」法時八三卷一号(二〇一一年)八〇頁以下および半田・前掲註(24)九三頁参照。なお、松宮によれば「人が死亡する抽象的な危険性が認識されていたから殺人の故意があったというわけにもゆかない」とされる(同八三頁)。
- (29) 井上宏ほか「刑法の一部を改正する法律の解説」曹時五四卷四号(二〇〇二年)五六頁、本庄武「危険運転致死傷罪(二条)／本罪の基本構造」高山俊吉・本庄武「検証・自動車運転致死傷行為等処罰法」(日本評論社、二〇二〇年)一〇六頁、福水俊輔「危険運転致死傷罪の共犯」同書二六七頁以下など参照。
- (30) 井上ほか・前掲註(29)五七頁以下。
- (31) 井上ほか・前掲註(29)五九頁、本庄・前掲註(29)一〇二頁以下など参照。
- (32) 内田博文「危険運転致死傷罪の解釈」交通法科学研究会編『危険運転致死傷罪の総合的研究』(日本評論社、二〇〇五年)99頁。
- (33) 本庄・前掲註(29)一〇四頁註10。

- (34) もつとも、自己が危険運転行為をする場合と、他者に「危険運転をさせる行為」では、行為者の認識においても重要な差異が認められる。すなわち、前者においては、通常、事故を起こすことにはないとはいえずと思うからこそ危険運転行為を行うため、人を死傷させる危険性そのものの認識に欠けるのに対し（本庄・前掲註（29）一〇三頁、後者では、その行為によって人を死傷させる危険性そのものの認識を肯定しうるからである。したがって、前者においては、控訴審のいうように「本来傷害、暴行、又は器物損壊の故意が認められるにとどまる事例を、対向車の運転者や歩行者等不特定の者に対する殺意が認められるものとして取り込む結果」になるとは言えず、危険運転行為によって人を死傷させても通常、傷害や殺人の故意は肯定できないのに対し、後者においては傷害や殺人の故意を肯定できる場合もあるといえる。
- (35) 「公共危険犯」という性質から処罰範囲が広がりすぎることを避けるために危険運転致死傷罪を限定解釈しようとする論者からは、①基本犯である危険運転行為に不特定多数の生命・身体に危険を及ぼすような抽象的危険が存在し、かつ、②危険運転行為それ自身が個別の客体に対して死傷結果を引き起こすような具体的危険性を備えたものでなければならず、さらに③傷害罪・傷害致死罪なみの刑を科すことを正当化するために、行為者は当該客体への具体的危険発生を認識していることが必要となるとされる。本庄・前掲註（29）一〇四頁以下参照。
- (36) 高山佳奈子「薬物輸入の故意」法時八五巻一号（二〇一三年）七頁。
- (37) 玄守道「未必の故意とは何か―概念、学説、司法研究報告書基準の検討」法時八三巻一号（二〇一一年）八八頁。
- (38) 半田・前掲註（24）九三頁。
- (39) 司法研修所編・前掲註（21）一三頁以下は、「計画的でない憤激の末の殺人のように未必的殺意が争点となるような事案」においては「相手が死ぬかもしれないが、それでも構わない」とい、あえて行為に及んだかどうか」という「未必的」の定義的な説明ではなく、「人が死ぬ可能性の高い行為をそのような行為であると分かっていた」と認めることができれば、殺意と法的に評価し得る心理状態があると認定するのが一般的であったという説明をするのが適当といえる」とする。また、玄・前掲註（37）八八頁も「司法研究のいう基準は激情犯人という犯罪類型を実体法上の解釈によって認めようとするものなのである」とする。
- (40) 半田・前掲註（24）参照。なお、半田によれば、裁判官としてこのような意見にどう対応するのが問題となるとされる。

- (41) 松宮・前掲註(28) 八〇頁によれば、「殺意に関する基本的説明」によって「凶器の殺傷能力と攻撃部位および被告人の執拗さのみから拙速に殺意を認定することが許されるかのような誤解を与える危険はないか」という懸念が示され、これを「故意の抽象化ないし一般化」と表現する。
- (42) たとえば、被告人が人を殺傷する危険のある刃付包丁を被害者(実の娘)の背後から投げつけ、被害者の後頭部に命中して突き刺さって被害者が死亡した事案につき、①犯行態様、②動機、③被告人の日頃の行動、④犯行後の事情に加え、「被告人が実の娘が死亡してもかまわないと認容していたと認めるには動機が弱いこと」等を考慮して殺意を否定した横浜地判平成十年四月十六日判タ九八五号一〇〇頁(解説として、原田・前掲註(14) 三七九頁以下)、被告人が刃体の長さ約十二センチメートルのペティナイフによって被害者の左側頸上部に深さ約五・五センチメートルの傷害を負わせ死亡させた事案につき、①具体的な犯行態様が不明なこと、②供述調書の信用性に疑問があること、③犯行後の言動、④頭部が柔らかい部分であるのに対して傷の深さが約五・五センチメートルにとどまっていること等を考慮して殺意を否定した東京地判平成二十二年七月十五日判例秘書(解説として、河本雅也「殺意の認定」植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選(上) 第3版』(二〇二〇年) 五六三頁以下) など参照。
- (43) 内藤・前掲註(11) 一一〇頁。
 自手犯と理解する立場として、上野幸彦「判批」刑ジャ35号(二〇一三年) 一二九頁、最決平成二十五年四月十五日刑集六七卷四号四三七頁に対する深町晋也「判批」判例セレクト二〇二三年(Ⅰ) 三三三頁、安達光治「判批」新・判例March No.18(二〇一六年) 一五五頁以下、福永・前掲註(29) 二八〇頁など参照。無免許運転犯罪の間接正犯を認める見解として、渡邊卓也「無免許運転犯罪の間接正犯」曾根威彦ほか編『交通刑事法の現代的課題(岡野光雄先生古稀記念)』(成文堂、二〇〇七年) 二二一頁以下など。危険運転致死傷罪の自手犯性については、福永・前掲註(29) 二八〇頁以下、伊藤嘉亮「危険運転致死傷罪の共同正犯に関する一考察」ソシオサイエンス二七号(二〇二一年) 四三三頁以下など参照。無免許運転罪につき間接正犯を否定した岡山簡判昭和四十四年三月二十五日刑月一巻三号三一〇頁も参照。
- (44) 井上ほか・前掲註(29) 五五頁以下など参照。
- (45) 福永・前掲註(29) 二八〇頁以下参照。

- (47) かりに、危険運転致死傷罪の間接正犯の存在を肯定するのであれば、A、CおよびDについては殺人既遂罪および殺人未遂罪が成立し、他方で事故の相手方BおよびEについては危険運転致死傷罪の間接正犯が成立しうる。しかし、本件の被告人の認識の程度でBおよびEに対する殺人罪の故意認定が可能であるという本判決を前提とすれば、實際上、危険運転致死傷罪の間接正犯が成立する余地はあまりないと思われる。その意味で本件事案のような間接正犯類似形態においては殺人罪と危険運転致死傷罪の区別はなくなってしまうといえる。また、危険運転致死傷罪の間接正犯の存在を肯定するのであれば、必然的に、同罪の共謀共同正犯も肯定することになると思われ、同罪の運用が弛緩している現在において同罪の共謀共同正犯を肯定することには疑問が残る(危険運転致死傷罪の共同正犯を認めた最決平成三十年十月二十三日刑集七二巻五号四七一頁も参照)。同罪の共謀共同正犯を否定する見解として、福永・前掲註(29)二六七頁以下がある。
- (48) なお、本件では、被告人の実行行為の時点でBおよびEについての具体的な認識は存在しないと解されるため、その意味で客体は不特定である。したがって、一見すると、択一的故意、未必の故意と並んで「不確定的故意」に分類される「概括的故意」が認められた事案とみえなくはない。しかし、ここでいう「概括的故意」とは、一般に、客体が特定されていないものの結果発生は確実であることを認識していた心理状態をいうところ、この定義を維持するのであれば、本件の場合、結果発生が確実とはいえないため「概括的故意」を認めた事案とはいえないだろう。大塚・前掲註(6)一九一頁も参照。
- (49) 自動車運転(自己運転)に関して殺意が問題となった事案のうち、車両と車両との衝突の態様、程度、強度等の不確定要素を考慮して殺意を否定した静岡地判平成十五年七月二日裁判所ウェブサイトなども参照。
- (50) 内藤・前掲註(11)一〇九頁。
- (51) 高山・前掲註(36)七頁。
- (52) もっとも、すでに先行評釈でも触れられているように、「特段の事情」として、被告人の行為当時の予見能力が別途問題となろう(前掲註(4)および(7)参照)。
- (53) 行方美和「暴行・傷害罪における『故意』の有無・内容」植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選(上)第三版』(二〇二〇)

年)六一一頁によれば、自動車運転(自己運転)の事案において殺意が否定された裁判例の多くでは殺意を抱くほどの動機がないことが指摘されているとされる。前掲・静岡地判平成十五年七月二日裁判所ウェブサイトに参照。

(54) 行方・前掲(53)六〇〇頁は、自動車運転(自己運転)における運転者の主観に関してではあるが、単なる危険の認識と暴行の故意とは「当然、質的な差異がある」とする。「刑法にいわゆる故意とは具体的な犯罪事実の認識(予見)をいうのであるから、被告人が、単に、どこかで事故を起す危険のあることを自覚しながら運転を継続したというだけでは、衝突の相手方を認識したわけでもなく、具体的事実を対象としない抽象的な事故発生の危険意識に過ぎないのであるから、また、傷害罪の成立に必要な暴行の故意があるということとはできない」とした仙台高判昭和三十八年六月七日高刑集一六卷五号三九五頁も参照。

(55) 本判決は、被告人の方法の錯誤の場合(被告人に事故の相手方BおよびEについての認識がなかった場合)と整合性をとったともいえよう。方法の錯誤の場合、判例のとする法定的符合説によれば、第一事件ではAに殺人既遂罪、Bにも殺人未遂罪が成立し、両者は観念的競合となる。他方、被告人に事故の相手方であるBに傷害の故意がある場合、Aに殺人既遂罪、Bには傷害罪が成立し、Bに全く故意を持っていない場合の方がBに対する罪が重くなるからである(科刑は同じ)。本判決の判示と法定的符合説との関係については、松宮・前掲註(5)三頁参照。また、内藤・前掲註(11)一〇九頁も参照。

(56) 行方・前掲註(53)六〇〇頁は、自己運転の場合についてはあるが、自動車を運転させることが暴行に該当するには「当該自動車を直接被害者の身体又はその乗車車両に接触させるか、接触させた場合と同程度に被害者の身体に対する具体的危険を発生させたことを要する」とする。裁判例として福岡地小倉支判平成十四年六月三日裁判所ウェブサイトを参照。

(57) 判例のとする法定的符合説の問題性を指摘するものとして、松宮・前掲註(3)一七一頁以下。本文中でも述べたように、本件の第一審において検察官が被告人の行為は事故の相手方を死亡させるおそれがあるとしたために直接的には被告人の錯誤は問題とされなかったように思われる。もともと、検察官は上告趣意書では錯誤論の主張もしている。

(58) 前田・前掲註(10)五三頁。

(59)

内藤・前掲註(11)一〇八頁は、本判決の判示は「本件のような事案に司法研究の説明を用いることを否定する趣旨ではないと思われる」とする。かりにそうであれば、人の死という結果発生が不確実な本件のような事案では、司法研究の説明における「人が死ぬ危険性(可能性)が高い行為」の意義が厳しく問われなければならないだろう。