

## I. 事実の概要<sup>1</sup>

Xはかねてから恨みを持っていたA、Bを殺害する目的を持って農薬用ホリドール乳剤を混入した日本酒をA宅、B宅にそれぞれ届けるよう事情を知らないYに依頼した。Yは運ぶ途中でXの意図に気がついたが、Aに対して恨みを抱いていたので、そのままA宅に届けた。しかし、Aはその酒を飲まず放置し、Aの妻Cがそれを知人Dに譲渡し、Dはその酒を飲用し死亡した。一方BはYの友人であったことから、Yは同日本酒をBには届けなかった。

## II. 問題の所在

1. Xはかねてから恨みを持っていたA、Bを殺害する目的を持って、農薬用ポリドール乳剤を混入した日本酒をA宅、B宅に届けるよう、事情を知らないYに依頼しているが、かかる間接正犯の類型における実行の着手時期をいかに捉えるべきか。被利用者が途中で利用者の意図を知情した場合の処理に影響を与えるため問題となる。
2. Yは農薬用ホリドール乳剤を混入した日本酒をA宅、B宅に届ける途中、Xの意図に気づいたものの、A宅にそのまま届けている。そこで、間接正犯において、被利用者が途中で利用者の意図を知情した場合の処理が問題となる。
3. 本件においてXはA、Bを殺害する意図で、農薬用ホリドール乳剤が混入した日本酒をYに預けたが、YはそれをA、Bには届けず、結果としてDが飲用して死亡した。このように行為者の認識した客体と異なる客体に結果が生じている場合、XにDに対する構成要件的故意がみとめられるか。具体的事実の錯誤(方法の錯誤)がある場合の故意の成否が問題となる。

## III. 学説の状況

### 1. 間接正犯の実行の着手時期について

A説：利用者基準説<sup>2</sup>

利用者の行為に実行の着手を求める説

B説：被利用者基準説<sup>3</sup>

被利用者の行為に実行の着手を求める説

### 2. 被利用者が途中で利用者の意図を知情した場合の処理について

α説：教唆犯説<sup>4</sup>

<sup>1</sup> 元判：東京高裁昭和30年4月19日

<sup>2</sup> 団藤重光『刑法綱要総論』創文社[1990] 355頁以下

<sup>3</sup> 西田典之『刑法総論』弘文堂[2006] 311頁以下

間接正犯の実行の着手時期を被利用者の行為に求めたうえで、教唆犯が成立するとする説

β説：間接正犯未遂説<sup>5</sup>

間接正犯の実行の着手時期を利用者の行為に求めたうえで、間接正犯の未遂が成立するとする説

γ説：間接正犯既遂説<sup>6</sup>

間接正犯の実行の着手時期を利用者の行為に求めたうえで、間接正犯の既遂が成立するとする説

### 3. 具体的事実の錯誤の処理について

甲説：具体的符合説<sup>7</sup>

行為者の認識した事実と、発生した客観的事実とが具体的に符号しない限り、故意を阻却するという説

乙説：法定的符合説<sup>8</sup>

行為者の認識した事実と発生した事実とが法定の構成要件の範囲内で符号している限り、故意は阻却されないとする説

## IV.判例

### 1. 間接正犯の実行着手の時期(大判大正7年11月16日)

<事実の概要>

被告人は、殺害目的で毒物を混入した砂糖を小包郵便で郵送した。被害者は、これを受け取ったが、異物に気づき、結局これを食するにはいたらなかった。

<判旨>

他人が食用の結果中毒死に至ることあるべきを予見しながら毒物を其飲食し得べき状態に置きたる事実ある時は是れ毒殺行為に着手したるものに外ならざるものとする。

### 2. 途中で被利用者が利用者の意図を知情した場合の処理(最決平成9年10月30日)

<事実の概要>

麻薬特例法のコントロール・デリバリー(泳がせ捜査)が実施され、配送業者と捜査当局が打ち合わせの上貨物を配送し、被告人がこれを受け取った。

<判旨>

「配送業者らが、捜査機関から事情を知らされ、捜査協力を要請されてその監視の下に置かれたとあって、それが被告人からの依頼に基づく運送契約上の義務の履行という性格を失うものということとはできず、被告人らは、その意図したとおり、第三者の

---

<sup>4</sup> 川端博『刑法総論講義』成文堂[2006] 600頁以下

<sup>5</sup> 香川達夫『刑法講義(総論)』成文堂[1996] 432頁以下

<sup>6</sup> 団藤・前掲 429頁

<sup>7</sup> 平野龍一『刑法総論 I』有斐閣[1972] 176頁以下

<sup>8</sup> 西田・前掲 207頁以下

行為を自己の犯罪の実現の道具として利用したというに妨げない」として禁製品輸入罪の間接正犯を認めた。

### 3. 事実の錯誤(最三小判昭 53・7・28 昭和 52 年(あ)第 623 号)

<事実の概要>

被告人は、殺意を持って A に向けて手製装薬銃でびょうを発射したところ、びょうは A を貫通し、被告人の予期しなかった B に対しても腹部貫通銃創を負わせた。

<判旨>

「犯罪の故意があるとするには、罪となるべき事実の認識を必要とするものであるが、犯人が認識した罪となるべき事実と現実に発生した事実とが必ずしも具体的に一致することを要するものではなく、両者が法定の範囲内において一致することをもって足りる」として B に対する殺人未遂罪の成立を認めた。

## V. 学説の検討

### 1. 間接正犯の実行の着手時期について

- (1) B 説は、実行の着手論の実質的客観説(結果説)の立場から、行為者の手を離れた結果発生に最も近接した被利用者の行為に、未遂として処罰に値する切迫した危険が認められるとして、被利用者の行為に間接正犯の実行の着手時期を求める。しかし、これでは利用者の行為自体に法益侵害の現実的危険性が存在している場合であっても、被利用者の行為を待たなければ実行の着手が認められないことになり、未遂の成立時期が遅きに過ぎる。したがって、B 説は妥当でない。
- (2) そもそも、実行の着手とは実行行為の開始であり、実行行為を行う者が正犯である以上、正犯である利用者の行為にしか、着手は認められない。また、利用行為に現実的危険性が認められる限り、実行の着手論の実質的客観説(実質的行為説)とも親和的である。そうだとすれば、間接正犯の実行の着手時期は利用者の行為に求めるべきであるので、A 説が妥当であると解する。

### 2. 被利用者が途中で利用者の意図を知情した場合の処理について

- (1) まず、 $\alpha$  説は間接正犯の実行の着手時期を被利用者の行為に求めるところ、被利用者が途中で利用者の意図を知情したという事情は実行着手前の事情であるので、被利用者が最初から利用者の意図を知っていた場合と同様に処理する。すなわち、利用者の主観的意図は間接正犯にあるものの、客観的には教唆犯となってしまっている類型と同様に処理するのである。そして、間接正犯の意思は教唆犯の意思を包摂するとして、それらの重なり合う限度で法定的符合を認め、38 条 2 項により軽い教唆犯が成立すると理論構成する。しかし、 $\alpha$  説は被利用者の行為に実行の着手時期を求めるという前提が妥当性を欠き、また、間接正犯の意思に教唆犯の意思が包摂されているという点の分析が十分でない。したがって、 $\alpha$  説は妥当でない。
- (2) 次に、 $\beta$  説は間接正犯の実行の着手時期を利用者の行為に求めるところ、被利用

者が途中で利用者の意図を知情したという事情は実行着手後の事情であるので、かかる事情は行為後の特殊事情として因果関係の存否の問題として処理する。そして、途中で知情したのにもかかわらず犯行を実行することは社会通念上相当性を欠き、因果関係が否定されるから、間接正犯の未遂が成立するとする。確かに、間接正犯の実行の着手時期を利用者の行為に求めたうえで、被利用者の途中知情を因果関係の存否の問題として扱う点は妥当である。しかし、 $\beta$ 説は刑法上の因果関係について相当因果関係説を前提としており、このような不明確な概念によって自然的な因果関係に絞りを加えるのは妥当でない。また、仮に規範的障害が生じたことを理由に相当因果関係を否定するのであれば、教唆犯の場合にはおよそ因果関係が認められなくなる。したがって、 $\beta$ 説も妥当でない。

- (3) 最後に、 $\gamma$ 説も $\beta$ 説と同様、利用者の行為に実行の着手時期を求めたうえで、被利用者の途中知情を因果関係の存否の問題として扱う。しかし、 $\beta$ 説とは異なり、途中で被利用者が情を知るに至ったという事実は因果関係の軽微な錯誤にすぎないと解して、間接正犯の既遂を認める。 $\gamma$ 説は刑法上の因果関係を極めて自然主義的に捉えている点において、社会相当性という不明確な概念によって因果関係を否定している $\beta$ 説よりも合理性を有することは明白である。したがって、 $\gamma$ 説が妥当であると解する。

### 3. 具体的事実の錯誤の処理について

- (1) 甲説は、認識と客観的事実との法益主体の差異を重視する見解であるが、ズレがあるというだけで故意を阻却するため、故意の成立範囲が狭くなりすぎる。また、この説は本件のような方法の錯誤と、客体の錯誤で結論を異にするが、両者を分ける合理的根拠は見いだせない。そもそも、實際上両者を明確に区別することが困難なことは多々あり、両方で結論を異にすると不都合である。錯誤の解決基準としてこの説は疑問が残るため、採用できない。
- (2) 思うに、故意責任の本質は、規範に直面しつつ反対動機が形成可能だったにも関わらず、あえて行為に及んだことに対する道義的非難である。そして、規範は構成要件という形で国民に与えられている。そして、認識した客体と客観的な客体に錯誤があったとしても、それが構成要件の範囲内で符合していれば、規範に直面しえたといえ、故意責任を問うことができる。したがって、乙説が妥当である。

## VI. 本問の検討

### 一. <Yの罪責>

1. YはAを殺害する目的でA宅に農薬用ホリドール乳剤入りの日本酒を届けたが、結果としてAは死亡していないことから、Yのかかる行為にAに対する殺人未遂罪(203条、199条)が成立する。
2. (1) 次に、YがA宅に農薬用ホリドール乳剤入りの日本酒を届けた結果、Dが死亡し

ていることから、Yのかかる行為にDに対する殺人罪(199条)が成立しないか。

(2) この点、Yのかかる行為により、Dはホリドール服用により死亡していることから、Yのかかる行為は殺人罪の客観的構成要件に該当する。

(3) しかし、YはAを殺害する目的でかかる行為に出ていることから、Dに対する構成要件の故意(38条2項)は認められないのではないか。具体的事実の錯誤の処理が問題となる。

ア. この点につき、検察側は乙説(法定的符合説)に立つ。

イ. そして、Aという「人」を殺す故意で、Dという「人」を殺しており、「人」を殺すという限度で、殺人罪の規範に直面しているので、Dに対する殺人罪の構成要件の故意(38条2項)が認められる。

(4) したがって、Yのかかる行為にDに対する殺人罪(199条)が成立する。

## 二.<Xの罪責>

1. (1) XがAを殺害する目的で、事情を知らないYに農薬用ホリドール乳剤入りの日本酒を渡した行為に、Aに対する間接正犯による殺人未遂罪(203条、199条)が成立するか。そもそもXのかかる行為が殺人未遂罪の実行行為といえるか。間接正犯の実行行為性が問題となる。

ア. そもそも正犯とは、構成要件の結果発生の現実的危険性を有する行為、実行行為を行う者をいう。そして、間接正犯でも構成要件の結果発生の現実的危険性を有する行為をなす。

そこで、①他人を利用して自身が望む犯罪行為を実行する意思を持ち(正犯意思)、②他人を一方的に支配・利用し、構成要件を実現する現実的危険性を発生させていれば、間接正犯の実行行為性が認められる。

イ. (ア) 本件において、XはAを殺害することを思い立ったのは自身がかねてから恨みを持っていたことにあるからXに正犯意思はあり、①を満たす。

(イ) では、②の要件は満たすか。本件においては被利用者Yが日本酒を運ぶ途中で、Xの意図に気がつき、自己も積極的にAを殺す目的で、A宅に日本酒を届けていることから問題となる。

この点、検察側はγ説(間接正犯既遂説)に立つので、本件のように被利用者Yが利用者Xの意図に気がついた場合も利用者Xの行為には間接正犯としての実行行為性が認められると考える。

(2) もっとも、本件の場合はAの「死」という結果が生じていないので、XにはAに対する殺人未遂罪(203条、199条)成立するととどまる。

2. (1) 次に、XがA宅に農薬用ホリドール乳剤入りの日本酒を届けるようYに依頼した結果、Dが死亡していることからかかる行為にDに対する殺人罪(199条)が成立しないか。

(2) まず、前述のとおりXのかかる行為には間接正犯としての実行行為性が認められ

る。また、本件では D の「死」という結果が発生している。

(3) それでは、かかる実行行為と結果の間に因果関係は認められるか。

ア. この点、因果関係は条件関係を前提に、生じた結果が実行行為の危険を現実化したものと評価できる場合には、肯定できる。その判断は i 実行行為の危険性、ii 介入事情の結果発生への寄与度、を総合的に考慮し検討すべきである。

イ. 本問では、X が農薬入りの日本酒を Y に渡さなければ、D は死亡しなかったもので条件関係はある。また、農薬入りの日本酒を他人に渡すことには、その日本酒が自身の監視下から外れることになり、誰かしらが口にする可能性が高くなるので危険性は高い。また、A が放置してそれを A の妻 C が D に渡すことについては、通常予想できる。

ウ. よって、因果関係は認められ、客観的構成要件は満たす。

(4) ア. 次に、X のかかる行為においても、Y の場合と同様に具体的事実の錯誤が問題となるも、前述したとおり X にも、D に対する殺人罪の故意が認められる。

イ. また、被利用者たる Y が途中で X の意図を知情しており、X が当初認識していた因果経路と異なる因果経路で犯罪結果が実現しているが、故意犯の成立に因果関係の認識は不要と解するので、因果関係の錯誤は観念し得ない。

(5) したがって、X の行為には D に対する殺人罪(199 条)が成立する。

3. (1) 次に X が B を殺害する目的で、事情を知らない Y に農薬用ホリドール乳剤入りの日本酒を渡した行為に、B に対する間接正犯による殺人未遂罪(199 条)が成立するか。

ア. この点、Y は日本酒を運ぶ途中で X の意図に気がつき、これを届けるのをやめているため、そもそも X には間接正犯としての実行の着手があったといえるか。間接正犯の実行の着手時期をいかに捉えるかが問題となる。

イ. この点につき、検察側は A 説(利用者基準説)に立つので、X が B を殺害する目的で、事情を知らない Y に農薬用ホリドール乳剤入りの日本酒を渡した時点で、間接正犯としての実行の着手が認められる。

(2) もっとも、本件においては B の「死」という結果が生じていないため、X のかかる行為には B に対する殺人未遂罪(203 条、199 条)が成立するととどまる。

## VII. 結論

Y は A に対する殺人未遂罪(203 条、199 条)及び D に対する殺人罪(199 条)の罪責を負い、両者は社会観察上 1 個の行為から生じているといえるので、観念的競合となる(54 条 1 項前段)。

X は、①A に対する殺人未遂罪(203 条、199 条)、②D に対する殺人罪(199 条)、③B に対する殺人未遂罪の罪責を負い、①と②は社会観察上一個の行為といえるから、観念的競合(54 条 1 項前段)となる。そして、これらと③は併合罪(45 条前段)となる。

以上