

## 只木ゼミ前期第5問検察レジュメ

文責:1班

### I. 事実の概要

- 5 1 Xはかねてから恨みを抱いていたAを自殺にみせかけて殺害しようと考え、平成30年4月2日、Aを福井県坂井市にある有名な自殺スポット「西尋訪」から約2km離れた人気のないI港に呼び出し、まずAを騙して薬剤をかがせて昏睡させ、昏睡したAを車で西尋訪まで運び、海中へと投棄するという計画(計画αとする)を立てた。同年同月9日夜中、Xは同計画を実行し、Aを海中に投棄した。なお、後日判明したところによれば、AはXにより海中に投棄された時点では既に薬剤の作用により死亡していた。
- 10 2 その後、Xは計画αが成功したと確信し、「この方法ならもう一度ぐらい警察にバレずに恨んでる奴を殺せるだろう」と思い、会社の上司であるBを殺害しようと考えた。しかし、上司であるBをI港に呼び出すのは不自然に思われると考え、あらかじめワインに睡眠薬を入れたうえで、「自宅に高級ワインあるからご一緒にいかがですか」等いい、Bを自宅に招き、ワインを勧めBを昏睡させた後、車で西尋訪へ運び、海中へ投棄しようとして計画した(計画βとする)。同年同月18日夕方、Xはあらかじめワインに睡眠薬を投入し、棚にしまい、Bを自宅に招いた。しかし、計画通りBを車で運ぶために、トランクを片付けなければならないことを思い出し、「10分ほど部屋でお待ちください。すぐ戻ります」等いい、車の片付けに向かった。無類のワイン好きであるBは早く飲みたいあまり、Xが戻るのを待ってられなくなり、X宅の棚からワインを探し出し、飲み始めた。10分ほどして、Xが部屋に戻るとBはすでに意識を失っており、これに驚いたと同時に好都合としたXは意識を失っているBを西尋訪に運び、海中へ投棄した。なお、X宅から西尋訪までは約1kmほどであり、Bはその特異体質(X及び一般人から認識不可)より、Xがワインに入れた睡眠薬の影響で身体にショックを受け、Xに海中へ投棄される際には死亡していた。計画αについてXの罪責を論ぜよ。
- 15
- 20
- 25

参考判例 最高裁平成16年3月22日第一小法廷決定

### II. 問題の所在

- 30 1. XはAに薬剤をかがせ(第一行為)、海中へ投棄(第二行為)することで殺害する計画を立てていた。しかし、Aの死亡結果は第一行為の時点で発生しており、結果的にXは当初の目的を達成しているにもかかわらず、第一行為時点では実行行為への故意が認められないため、第二行為を実行行為と解すると殺人罪の罪責に問えないというようにも思える。そこで、第一行為と第二行為を一連の実行行為として解し、第一行為の時点で一連の行為において、「実行」に「着手」(43条本文)したとすることができるか。
- 35 2. Aの死亡結果はXの認識した因果経過とは異なる過程によって実現されているがこの

ような因果関係の錯誤がある場合において故意(38条1項)が阻却されないか。

### Ⅲ. 学説の状況

#### 「実行」に「着手」(43条本文)の画定基準について

##### 5 A-1 説(形式的客観説)

犯罪構成要件の一部を実現することが実行の着手であるとする見解。

##### A-2 説(修正された形式的客観説)

10 構成要件概念を判断基準に用いて形式的見地から着手時期を決定する見解であり、具体的には、実行行為そのものに先行しこれと密接不可分な行為の開始時点において実行の着手が認められうるとする説<sup>1</sup>。

##### B 説(実質的客観説)

15 未遂犯の処罰根拠を既遂の結果発生の現実的・客観的危険(具体的危険)と解し、かかる危険の発生を基準に「実行の着手」を確定する説。また、その着手時期の確定につき以下の二説に分かれる。

##### ア説(行為犯説)

既遂の結果発生の具体的危険を行為者の行為に認められる属性と解し、かかる危険を有する行為を開始することを実行の着手とする説。

20

##### イ説(結果犯説)

既遂の結果発生の具体的危険をそれ自体独自の結果と解し、その危険が発生した時点を実行の着手と解する説<sup>2</sup>。

##### 25 因果関係の錯誤について

##### α 説(法定的符合説)

認識事実と実現事実とが、構成要件的評価として一致(符合)する限度で、実現事実についても故意責任を認める説<sup>3</sup>。

##### 30 β 説(故意帰属説)

「行為者が認識した行為の実現的危険性が、具体的態様における結果の中に実現した」といえば故意の既遂犯として処罰しようとする説<sup>4</sup>。

---

<sup>1</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008年)396頁。

<sup>2</sup> 山口厚『刑法総論[第3版]』(有斐閣,2016年)284頁。

<sup>3</sup> 大谷實『刑法講義総論[新版第3版]』(成文堂,2009年)182頁。

<sup>4</sup> 井田良『法学研究』(東方書店)58巻11号78頁。

#### IV. 判例の状況

ア. 最高裁昭和 45 年 7 月 28 日第三小法廷決定。刑集 24 卷 7 号 585 頁。

##### [事実の概要]

5 自動車により婦女を他所へ連行したうえ強姦した場合につき婦女を自動車内に引きずり  
込もうとした時点において強姦罪の実行の着手があるとされた事例。

##### [判旨]

被告人は、昭和 43 年 1 月 26 日午後 7 時 30 分頃、ダンプカーに友人の A を同乗させ、  
ともに女性を物色して情交を結ぼうとの意図のもとに防府市内を徘徊走行中、同市 AB 丁目  
付近にさしかかった際、一人で通行中の B(当時 23 歳)を認め、「車に乗せてやろう。」等と  
10 声をかけながら約 100 メートル尾行したものの、相手にされないことにいら立った A が下  
車して、同女に近づいて行くのを認めると、付近の同市 c B 丁目赤間交差点西側の空地に車  
をとめて待ち受け、A が同女を背後から抱きすくめてダンプカーの助手席前まで連行して来  
るや、A が同女を強いて姦淫する意思を有することを察知し、ここに A と強姦の意思を相  
15 通じたうえ、必死に抵抗する同女を A とともに運転席に引きずり込み、発進して同所より  
約 5000 メートル西方にある佐波川大橋の北方約 800 メートルの護岸工事現場に至り、同所  
において、運転席内で同女の反抗を抑圧して A、被告人の順に姦淫したが、前記ダンプカー  
の運転席に同女を引きずり込む際の暴行により、同女に全治まで約 10 日間を要した左膝蓋  
部打撲症等の傷害を負わせた。かかる事実関係のもとにおいては、被告人が同女をダンプ  
20 カーの運転席に引きずり込もうとした段階においてすでに強姦に至る客観的な危険性が明  
らかに認められるから、その時点において強姦行為の着手があったと解するのが相当であ  
り、また、B に負わせた右打撲症等は、傷害に該当すること明らかであって、以上と同趣旨  
の見解のもとに被告人の所為を強姦致傷罪にあたるとした原判断は、相当である。

イ. 名古屋高裁平成 19 年 2 月 16 日。高等裁判所刑事裁判速報集平成 19 年 369 頁。

##### 25 [事実の概要]

被告人が被害者に自動車を衝突させ、転倒させて動きを止めた上、刃物で刺し殺すとの  
計画を立てていた場合につき、自動車を被害者に衝突させた時点で殺人罪の実行の着手が  
あるとされた事例。

##### [判旨]

30 認定事実によれば被告人は、自動車を被害者に衝突させて被害者を転倒させ、その場で  
被害者を刃物で刺し殺すという計画を立てていたところ、その計画によれば、自動車を被  
害者に衝突させる行為は被害者に逃げられることなく刃物で刺すために必要であり、そし  
て、被告人の思惑どおりに自動車を衝突させて被害者を転倒させた場合、それ以降の計画  
を遂行する上で障害となるような特段の事情はなく、自動車を衝突させる行為と刃物によ  
35 る刺突行為は引き続き行われることになっていたのであって、そこには同時、同所といっ  
てもいいほどの時間的場所的近接性が認められることなどにも照らすと、自動車を被害者

に衝突させる行為と刺突行為とは密接な関連を有する一連の行為というべきであり、被告人が自動車を被害者に衝突させた時点で殺人に至る客観的な現実的危険性も認められるから、その時点で殺人罪の実行の着手があったものと認めるのが相当である。

5 この点につき、原判決は、自動車を衝突させた時点でその行為自体によって殺害の結果が発生し得ることを認識していなければ、自動車を衝突させる行為を殺人の実行行為と認めることができない、と解しているようであるが、それは一面的な見方というべきである。すなわち、被害者を殺害するために連続して行われるべき第1の行為と第2の行為との間に時間的場所的に近接性が認められ、第1の行為の時点で殺害の結果発生に至る客観的、現実的危険性が認められる場合、第1の行為自体において、殺害の結果が発生せず、被告人においても第1の行為自体での殺害の結果発生を意図していなくとも、第1の行為時に殺人の実行行為に着手したものと認めるのが相当であり(最一小決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁参照)、これは予定されていた第2の行為に及んでいないとしても、同様と  
10 考えられる。

#### 15 [判例引用の趣旨]

判決アは、問題となる罪について犯人の犯行計画を踏まえ、ある時点でその計画が達成される客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点でその罪の「実行の着手」があったものとする手法が本問題の参考判例(以下便宜上クロロホルム判例とする)以前に判例上で示されたものである。また、強姦の着手を認めなかった前橋地裁昭和37年7月13日判決(判例時報310号40頁)が東京高裁昭和37年(う)1906号昭和37年12月21日第1  
20 刑事部判決によって破棄されたのちに改めて強姦行為の着手があると認定した判例であり<sup>5</sup>、実質的客観説の行為犯説をとったとされているクロロホルム判例に通ずる判断枠組みを示すものである。

判決イは、いわゆる早すぎた結果の発生によって被害者が死に至った事例であるクロロホルム判例に対し、本判決では被害者が死亡しておらず、被告人が第1行為(自動車による衝突)の後に第2行為(刃物による刺突)に及んでいない点も異なっているが、クロロホルム判例が示したのと同様の判断枠組を提示した上、第1行為の時点で実行の着手があると判断したものである<sup>6</sup>。

30 以上から、判決アに示された判断枠組みが、クロロホルム判例によって基準として確立し、そののちの判決イにおいても変わらず考慮されていることが分かり、検察側がとる実質的客観説行為犯説によった判断基準が踏襲され続けているということを示すものであるといえる。よって検察側は本判決ア、イを掲載した。

---

<sup>5</sup> 判例タイムズ第251号(1970年)271頁。

<sup>6</sup> 判例タイムズ第1247号(2007年)342頁。

#### IV. 学説の検討

##### 「実行」に「着手」(43条本文)の画定基準について

##### A-1 説(形式的客観説)

5 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35  
いつ構成要件の一部実現があるかが問題とされているのであるから、この見解は問いをもって問いに答えるものである。また、この見解は個性要件に属する行為の範囲は極めて狭い者であり、実行の着手を形式的に判断すると、実行の着手の判断が硬直してしまい、実行の着手時期が遅くなりすぎる場合がある<sup>7</sup>。よって検察側はA-1説を採用しない。

##### A-2 説(修正された形式的客観説)

10 構成要件該当行為に密接する行為をもって実行の着手とする見解もあるが、その判断において既に実質的な行為の危険性について考慮がなされていることになり首尾一貫性を欠く。よって、検察側はA-2説を採用しない。

##### B 説(実質的客観説)

##### 15 ア説(行為犯説)

形式的な実行行為の概念に、結果発生の現実的危険性という実質を与え、そのような実質を備えた実行行為の開始をもって実行の着手と定義することにより、実行行為とは結果発生 of 現実的危険性を有する行為をいうという定義と実行の着手の定義との間に実行行為の開始=実行の着手という関係が成り立つ。このことは43条の「実行に着手して」という  
20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35  
法文にも調和する。よって検察側はBア説を採用する。

##### イ説(結果犯説)

結果発生の危険性を行為の属性とみるのではなく、行為が現にもたらした既遂結果に至る危険性ととらえると、実行の着手と実行行為が別の概念として判断されることとなり、  
25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35  
法文の文言との整合性を欠く。よって検察側はBイ説を採用しない。

##### 因果関係の錯誤について

##### α 説(法定的符合説)

因果関係について故意の成立時に抽象的な因果関係の認識が要求されており、認識した  
30 31 32 33 34 35  
因果とは異なった経過であっても自己の認容した結果を発生させている以上、因果関係の錯誤は故意を阻却するほどのものではない。この説は行為者の認識と実際の因果経過が、行為の危険が現実化したといえる範囲内で符合していれば故意阻却を認めないため妥当な結論を導くことができる。

よって検察側はα説を採用する。

35

<sup>7</sup> 高橋則夫『刑法総論[第3版]』(2010年,成文堂)388頁。

β説(故意帰属説)

行為者が認識した事情から結果が発生することが相当といえる場合でなければ故意が阻却されるとすると、故意犯の成立範囲が不当に狭くなり妥当ではない。

よって検察側はβ説を採用しない。

5

## VI. 本問の検討

### 第一 計画αにおけるXの罪責

1 Aに薬剤をかがせた行為について、殺人罪(199条)が成立しないか。

10 薬剤をかがせた行為(以下第1行為)単体についてみると、殺人罪の故意が認められないので、本罪が成立する余地がないようにも思える。もっとも、第1行為が、Xが後に行おうとしていたAを海中に投棄する行為(以下第2行為)に一連一体の行為としてみたときに「実行の着手」(43条)に当たれば、本罪が成立する余地がある。そこで第一行為は「実行の着手」にあたるかが問題となる。

15 (1) 本件でXは、第2行為によりAを死亡させる計画で犯行に及んでいるが、実行の着手とは結果発生の実現的危険性を有する行為を開始することをいうのであるから、第1行為に及んだ時点で第2行為の結果発生の実現的危険性が肯定されれば、第1行為は第2行為との関係で一連一体の行為であり、第1行為に着手した時点で一個の殺人の実行行為に着手したと言える。

20 具体的には、行為者の計画をも考慮に入れたうえで、①第1行為が第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、②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、③第1行為と第2行為との間の時間的・場所的接性を総合考慮するものとする。

25 (2) 本件においてXはAを騙して薬剤をかがせて昏睡させ、昏睡したAを車で西尋訪まで運び、海中へと投棄するという計画を立てている。かかる計画を遂行するために、XがAを1行為によって昏睡させることは、同人の反抗を抑え、暴行や脅迫によって反抗を抑圧させることよりも傷を与えず自殺に見せかける点において、第2行為を確実にかつ容易に行う上で必要不可欠なものであったといえる。

30 また、Xは単独犯であり計画の遂行を思いとどまらせる発言や言動をするような共犯者がいなかったことや、本件計画αが夜中人気のないI港で行われており、誰かが止めに来る可能性もなかったことなどから、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いえる。そして、I港と西尋坊の距離は約2km程度であり、車で移動すれば数分程度である以上、両行為の時間的場所的接性も認められる。したがって、第1行為と第2行為は一連一体の行為としてみることができ、第1行為に着手した時点で「実行の着手」があったと認められる。

35 2 そして、かかる行為によってAは死亡しており、結果および因果関係も認められる。

3 また、XはAを殺害する意図を有していたので故意(38条1項)が認められそうにも思え

る。もともと X の認識では殺害の目的が達成される点は、第 2 行為であるところ、本件において結果が発生した時期は第 1 行為時であり、因果関係につき錯誤があるため、故意が阻却されないか。

5 (1) 故意責任の本質は、規範に直面したにもかかわらずそれに反してあえて犯罪行為へでたことへの道義的非難にある。そうである以上、もともと認識していた因果関係と実際の因果関係とが法的因果関係の範囲内で符合していれば故意は阻却されない。

10 (2) 本件で X が認識していた因果経過は昏睡状態にある無抵抗の A を海中に投棄することにより A を溺死させることである一方で、実際の因果経過は薬剤の作用によって死亡したものであるが、両者は一連の行為のなかでの段階の違いに過ぎない。したがって、もともと認識していた因果関係と実際の因果関係とが法的因果関係の範囲内で符合しているといえるため、故意は阻却されない。

したがって第 1 行為において殺人罪(199 条)の故意は阻却されない。

4 以上により、X の一連の行為に殺人罪(199 条)が成立する。

## 15 第二 計画βにおける X の罪責

1 B に殺人罪(199 条)が成立しないか。特異体質を持つ B に睡眠薬入りのワインを飲ませようとする行為は、特異体質とあいまって B を死亡させる現実的危険性を有する行為である。しかし、X は睡眠薬入りのワインを用意しただけであり、直接ワインを飲ませているわけではないため、殺人罪の実行に着手(43 条)したと言えるかが問題となる。

20 (1) 未遂犯の処罰根拠が構成要件的结果発生の実現的危険性の惹起にある以上、実行の着手とは構成要件的结果発生の実現的危険性を有する行為を開始することをいう。

25 (2) 本件で X がワインに睡眠薬を入れたうえで B を自宅に招く行為は、後述する通り X は B が相当にワイン好きであることを認識できたことや B が特異体質であったこと、最初からワインを飲む目的で B を家へ招いていること等に鑑みると、B にワインを飲ませる目的で家へと招いた時点で、B がワインを飲み死亡するという構成要件的结果発生の実現的危険性を有する行為が開始されたといえる。

2 しかし、X には最終的に B を殺害する意図を有していたものの、家に招いた時点では B を殺害する意思はないため、殺人罪の故意にかけるように思える。

30 もともと本件で X があらかじめワインに睡眠薬を入れたうえで B を自宅に招き、B に飲ませて昏睡させる行為(以下第 1 行為)が、X が B を車で西尋訪へ運んで海中へ投棄した行為(以下第 2 行為)の「実行」の「着手」(43 条前段)に当たれば、本罪が成立する余地があるといえる。そこで、本件での第 1 行為が殺人罪の実行の着手にあたらぬかが問題となる。

35 (1) 本件で X は、第 2 行為により B を死亡させる計画で犯行に及んでいるが、実行の着手とは結果発生の実現的危険性を有する行為を開始することをいうのであるから、第 1 行為に及んだ時点で第 2 行為の結果発生の実現的危険性が肯定されれば、第 1 行為は第 2 行為との関係で一連一体の行為であり、第 1 行為に着手した時点で一個の殺人の実行行為に着

手したと言える。

具体的には、行為者の計画をも考慮に入れたうえで、①第1行為が第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、②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、③第1行為と第2行為との間の時間的・場所的近接性等から判断されるべきである。

5 (2) 本件でXは、ワインに睡眠薬を入れたうえでBを自宅に招き、ワインを勧めて飲ませることでBを昏睡させた後、車で西尋訪へ運んで海中へ投棄する計画を立てている。かかる計画を遂行するために第1行為は、第2行為を行うため車にBを乗せる際にBが暴れることを防ぐことができる等の点で、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(①充足)。また、Xは単独犯であり計画の遂行を思いとどまらせる発言や言動をするような共犯者がいなかったこと、X宅にはX以外の人はいなかったため誰かが止めに来る可能性もなかったことなどから、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いえる(②充足)。さらに、  
10 X宅から西尋訪までは約1kmしか離れておらず、車を使えば数分しかかからない程度の距離であったことから、両行為の時間的・場所的近接性が認められる(③充足)。

したがって、第1行為と第2行為は一連一体の行為としてみることができ、第1行為に着手した時点で「実行の着手」があったと認められる。

3 また、Bの死亡という結果も存在する。

20 4 もっとも本件では、無類のワイン好きで、睡眠薬を飲むと身体的ショックを受けるとい  
う特異体質を持つBが、早く飲みたいあまりにXが戻るのを待ってられずにワインを自主的に飲み始めるという行為がBの死亡までの間に介在している。このように、実行行為と結果との間に介在事情が存在する場合にも因果関係は認められるか。

25 (1) 因果関係とは実行行為と結果とのつながりをいい、実行行為とは特定の構成要件的结果  
発生の実現的危険性を有する行為のことをいう。そうである以上、因果関係が認められる  
には、実行行為に内包する危険性が結果へと現実化することを要する。

(2) 本件ではBの死因は睡眠薬入りのワインを飲んだ際の身体的ショックによるものであり、自らの行為により死亡という結果を引き起こしている以上、Xの実行行為が直接的にBの死亡という結果を惹起したとは確かにいえない。

30 しかし、そもそもXがBを自宅に招こうとした時点で高級ワインが飲めることをだしに  
してBを誘っている以上、XはBが相当にワイン好きであることを認識していたといえる。  
そして、BがXの上司であり、Xに対しある程度遠慮をしなくて良い立場にあることから、  
Xが戻ってくるのを待ちきれずBが勝手にワインを飲みだしてしまうことも起こり得ること  
であったと考えられる。また、睡眠薬は水に溶かせば目視が難しい以上Bが見つけられ  
35 気付かず飲んでしまうのも無理はない。

さらに、行為当時にXが、Bが睡眠薬を飲むことで身体的ショックを起こすという特異



体質があったことを知らず、睡眠薬を飲むことで B が死亡するとの結果を予期できなかったとしても、特異体質を持つ者に睡眠薬を飲ませようとする行為それ自体の危険性はかなり高い。またそもそもアルコールと睡眠薬とを併用して摂取させようとするのは、アルコールにより薬の作用を著しく増進する等、生命身体への危険性が非常に高い行為である。

5 したがって、B を睡眠薬入りワインを用意した上、家に招くという実行行為には、B の自発的意思に基づく睡眠薬入りのワインの飲用行為を誘発する危険性が含まれていたといえ、かかる危険性が実際に現実化したといえるのであるから因果関係が認められる。

5 また、X は B を殺害する意図を有していたので故意(38 条 1 項)が認められそうにも思える。もっとも X の認識では殺害の目的が達成される点は、第 2 行為であるところ、本件に  
10 おいて結果が発生した時期は第 1 行為時であり、因果関係につき錯誤があるため、故意が阻却されないか。

(1) 故意責任の本質は、規範に直面したにもかかわらずそれに反してあえて犯罪行為へでたことへの道義的非難にある。そうである以上、もともと認識していた因果関係と実際の因果関係とが法的因果関係の範囲内で符合していれば故意は阻却されない。

15 (2) 本件で X が認識していた因果経過は昏睡状態にある無抵抗の B を海中に投棄することにより B を溺死させることであると考えられる。かかる因果経過は海中投棄行為のもつ結果発生の実質的危険が現実化したといえる場合に当たり法的因果関係の範囲内であるといえる。そして実際に起きた因果経過も法的因果関係の範囲内にあることは上記のとおりである。したがって、もともと認識していた因果関係と実際の因果関係とが法的因果関係の  
20 範囲内で符合しているといえるため、故意は阻却されない。

7 以上より、X の一連の行為に殺人罪(199 条)が成立する。

なお、第 2 行為につき本件で X は、B を海中に投棄する行為を殺人罪の故意で行っているところ投棄する時点で B は死亡しているため、実際に行われた行為は死体遺棄罪(190 条)であるといえる。かかる場合に X は当該行為についての故意が阻却されないかが問題となるが、本件での殺人罪の保護法益は人の生命・身体であるのに対して死体遺棄罪の保護法  
25 益は国民の宗教的感情であり、死体遺棄罪の構成要件を見いだせないため故意は阻却される。よって、第 2 行為について死体遺棄罪(190 条)は成立しない。

## VII. 結論

30 計画 α について X は殺人罪(199 条)の罪責を負う。

(なお、計画 β についても X は殺人罪(199 条)の罪責を負い、両者は併合罪(45 条)となる。)

以上