

## I. 事実の概要

- 5 Xは、夫Aを殺害しようと考え、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、Aを自車の助手席に誘い入れた上、午後8時半ごろAに、死亡する危険性のない量の睡眠薬を溶かした飲料水を飲ませたうえ、Aの意識を失わせ(第1行為)、さらに、Aを約4km離れた港まで運んだ。この港は、よく知られる観光名所であったが、Xの犯行時においては、Xの他には誰もいなかった。11時半ごろ、Xは、計画通り、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、Aの身体的特徴と相まって発症した、睡眠薬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。
- 10
- 15 Xの罪責を検討せよ。

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

- 20 1. XはAに睡眠薬を溶かした飲料水を飲ませたうえ、Aの意識を失わせ(第1行為)、海中に転落させて沈める(第2行為)ことで殺害する計画をたてていた。しかし、Aの死亡結果は第1行為の時点で発生している可能性があり、Xには第1行為時点では実行行為への故意が認められないため、第2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1行為と第2行為を一連の実行行為として解し、第1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。
- 25 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項本文)が阻却されないか。

## III. 学説の状況

### 30 1. 実行の着手について

甲説:主観説<sup>1</sup>

実行の着手時期を、行為者の犯行の意思の表動があった時点に認める説。

乙説:形式的客観説<sup>2</sup>

- 35 実行の着手時期を、既遂犯の構成要件的结果を直接惹起する行為への着手に求める説。

<sup>1</sup> 山口厚『刑法[第3版]』(有斐閣,2016年)162頁参照。

<sup>2</sup> 山口・前掲 162頁参照。

丙説:実質的客観説

既遂犯の構成要件的結果を生じさせる危険性が認められる行為への着手の時点で実行の着手を認める説。さらに、結果発生危険性を、行為者の行為の危険性から判断する見解と、その危険をそれ自体独自の結果と解する見解に分かれる。

5

丙-1 説:行為犯説<sup>3</sup>

実行の着手を構成要件の現実にいる現実的危険性を含む行為を開始したこととする説。

丙-2:結果犯説<sup>4</sup>

10 未遂犯の結果としての危険性が発生した時点、すなわち、法益侵害の危険性が一定程度以上に達した時点で実行の着手を認める説。

## 2. 因果関係の錯誤について

α 説:純粹な因果関係の錯誤説<sup>5</sup>

15 この説は第2行為を第1行為の介在事情にとらえ、それが予見可能である場合には、第1行為との関係で第2行為も発生した結果も相当因果関係の範囲にあり、その場合因果関係の錯誤は重要ではなく、故意犯が肯定されるものとする説<sup>6</sup>。

β 説:故意帰属説

20 この説は故意の既遂犯として処罰するためには、「行為者が認識した実行行為のもつ真の危険性がまさに具体的結果発生によって確証されたことが必要である」とし、行為者が認識した、行為の現実的危険性が、具体的態様における結果の中に実現したと言いうことが必要であるとする説<sup>7</sup>。

## 25 IV. 判例(裁判例)

東京高裁平成13年2月20日。判時1756号162頁。

[事実の概要]

30 被告人は殺意をもって被害者を包丁で突き刺し(第1行為)、その後ベランダから逃走しようとした被害者を連れ戻して出血死或いはガス中毒死させるために掴みかかった(第2行為)ところ、被害者はバランスを崩し転落死した。

[判旨]

被告人の犯意の内容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に掴みかかる行為時まで殺意は継続していたと解するのが相当である。

<sup>3</sup> 大塚仁『刑法概説[第4版]』(有斐閣,2008年)171頁。

<sup>4</sup> 前田雅英『刑法総論講義[第6版]』(東京大学出版,2015年)120頁参照。

<sup>5</sup> 山口・前掲229頁以下。

<sup>6</sup> 山中敬一『刑法総論[第3版]』(成文堂,2015年)370頁参照。

<sup>7</sup> 山中・前掲365頁参照。

次に、ベランダの手すり上にいる被害者に掴みかかる行為は殺害行為とは言い難いが、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、刺突行為により相当の出血をしている被害者としても被告人に掴まえられれば死に至るのは必至と考え、転落の危険も省みず、被告人から逃れようとしたものである。

- 5 また、刺突行為から被害者を捕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必要不可欠な行為であり、殺害行為の一部であると解するのが相当である。

[引用の趣旨]

- 10 この判決は、第1行為と第2行為を一連の実行行為として、第1行為を結果発生の現実的危険を惹起する行為と解し実行の着手を認めている。

したがって、検察側が丙一1説を採用するにあたり有用な裁判例である。

## V. 学説の検討

- 15 1. 実行の着手について

甲説:主観説

単なる犯行意思の表動で足りるとするのは、予備も未遂となり、未遂犯の成立を限定する機能が「実行の着手」から失われる<sup>8</sup>。

したがって、検察側は本説を採用しない。

20

乙説:形式的客観説

本説の本来の考え方によれば、構成要件的結果を直接惹起する行為が実行行為であり、それに着手することが要求されることになる。しかし、それでは未遂犯の成立時期が遅すぎるため、妥当でない<sup>9</sup>。

- 25 したがって、検察側は本説を採用しない。

丙一2説:結果犯説

- 30 本説は、「未遂犯の結果としての危険性」が発生した時点、すなわち、「法益侵害の危険性が具体的程度(一定程度)以上に達した時点」に実行の着手を認める見解だが、一定程度の(具体的)危険性という基準は、理念的・抽象的で、理論的説明に過ぎず、未遂犯の処罰範囲の実務上の具体的基準としては実践的有用性に欠ける<sup>10</sup>。

したがって、検察側は本説を採用しない。

35

<sup>8</sup> 山口・前掲 281 頁。

<sup>9</sup> 山口・前掲 281 頁。

<sup>10</sup> 前田・前掲 104 頁以下。

### 丙-1 説:行為犯説

そもそも未遂犯の処罰根拠を構成要件の実現ないし結果発生の実現的危険の惹起に求める以上、実行の着手もその現実的危険を惹起せしめることをいうと解するべきである<sup>11</sup>。つまり、構成要件の実現にいたる現実的危険性を含む行為を開始したことを実行の着手と定義する本説が、未遂犯の処罰根拠に合致したものであり、43条前段の「実行に着手」という文言に忠実であるといえる。また、実行の着手についての具体的な基準であり、抽象的で実践的有用性に欠ける結果犯説の難点を解決している。

したがって、検察側は本説を採用する。

## 10 2. 因果関係の錯誤について

### β 説:故意帰属説

そもそも故意は、行為者の表象し予見する具体的結果に及んでおれば十分であって、行為時の故意に、現実には生じた具体的結果が帰責されるかどうかという問題は仮象問題である。例えば、溺死させようとして被害者を橋の上から突き落としたところ、橋脚に頭をぶつけて頭蓋骨骨折により死亡した事例では、本説に従うと、具体的結果は、橋の上から突き落とす行為の危険が実現する一つのバリエーションにすぎず、その危険性自体を認識している以上、結果の帰責は肯定されてよいとする。しかし、被害者の背後に崖のあることを知らない行為者が、殺意を以て被害者に発砲したところ、弾丸は命中しなかったが、被害者がそれを避けようとして崖から転落して死亡したという事例では、転落死という結果に実現していない。本説が、故意への帰属を問題にするのならば、なぜ、崖事例では故意への帰属が否定され、橋脚事例では肯定されるのかという明確な規範的基準が示されなければならない<sup>12</sup>が、本説ではこれに欠ける。

したがって、検察側は本説を採用しない。

### 25 α 説:純粋な因果関係の錯誤説

介在事情たる第2行為が予見可能である場合には、第2行為も発生した結果も相当因果関係の範囲内にあり、実現した結果を認識していた場合に形成される反対動機と、行為者が予見した結果により形成される反対動機は同一のものといえる。そうだとすると、因果経過の錯誤は重要ではなく、故意犯は肯定され、妥当な結論を導きうる。

30 したがって、検察側は本説を採用する。

## VI. 本問の検討

### 第1. Xの第1行為について

35 1. XのAに睡眠薬を溶かした飲料水を飲ませた行為(以下第1行為)について殺人罪(刑法[以下法令名略]199条)が成立しないか。

(1) 本件において、Aは第1行為により死亡していた可能性があるが、Xに本罪が成立するためには、第1行為と第2行為が一連の実行行為といえればよい。つまり、第1行為の時

<sup>11</sup> 大谷實『刑法講義総論[新版第4版]』(成文堂,2012年)365頁。

<sup>12</sup> 山中敬一『刑法総論[第3版]』(成文堂,2015年)364頁以下。

点でXに本罪の「実行に着手し」(43条本文)たと認められなければならない。そこで、第1行為の時点で実行の着手が認められるか問題となる。

(2) そもそも、未遂犯の処罰根拠は構成要件の実現ないし結果発生の実現的危険性を惹起した点にある。したがって、実行の着手は、構成要件の実現に至る現実的危険性を含む行為を開始した時点で認められる。そして、その判断に際しては、行為者の主観を考慮せざるを得ないから、行為者の犯行計画をも考慮して判断する。その判断要素は、①第1行為は第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近接性などである。

(3) 本件において、XはAに睡眠薬を溶かした飲料水を飲ませたうえ、Aの意識を失わせ(第1行為)、海中に転落させて沈める(第2行為)ことで殺害する計画をたてていた。

まず、人を海中に転落させて沈めるという行為は相手方に抵抗されれば失敗する可能性が高いが、睡眠薬を飲ませ相手の意識を失わせれば、上記行為の遂行は確実に、容易になる。したがって、第1行為は第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(①充足)。

そして、Xの殺害計画は夜11時半と遅い時間に自分以外誰もいない港で実行されるものであり、共犯者もいないため、Xが思いとどまらない限り、第1行為が行われれば第三者が殺害計画を阻止する可能性は低い。したがって、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(②充足)。

さらに、第2行為が行われたのは第1行為が行われてからたった3時間後である。また、XがAに睡眠薬を溶かした飲料水を飲ませた路上から港までは約4kmしかなく、自動車で移動しているため、10分程度の距離である。したがって、第1行為と第2行為との間時間的場所的近接性が認められる(③充足)。

以上より、Xの殺害計画において、第1行為は第2行為に密接であり、Xが第1行為を開始した時点で既に本罪の結果発生の実現的危険性が認められる。

(4) したがって、第1行為と第2行為は一連の実行行為といえ、第1行為の時点で実行の着手が認められる。

2. また、Aは第1行為により死亡した可能性があるため、結果及び因果関係も認められる。

3. そして、XはAを殺害する意思を有していたため、故意(38条1項本文)が認められるように思える。もっとも、本件において、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が阻却されないか。

(1) 故意とは、客観的構成要件該当事実の認識・認容である。そして、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。

(2) 本件において、Xが認識していた因果経過は睡眠状態にある無抵抗のAを海中に転落させて沈めることによりAを溺死させることである。その一方で、実際の因果経過は第1行為

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。

(3) したがって、本罪の故意は阻却されない。

5 4. 以上により、Xの一連の行為につき、殺人罪(199条)が成立する。

第2. Xの第2行為について

1. XのAを海中に転落させて沈めた行為(以下、第2行為)について死体遺棄罪(190条)が成立しないか。

10 (1) まず、海中に転落させる時点で既にAは死亡していたから、Xの上記行為は「死体…を…遺棄…した」といえ、本罪の客観的構成要件に該当する。

(2) もっとも、XはAが生存していると認識して海中に転落させているから殺人罪の故意を有していた。このように抽象的事実に錯誤がある場合、故意が阻却されないか。

15 ア 故意とは、客観的構成要件該当事実の認識認容をいうところ、抽象的事実に錯誤がある場合には客観的に実現された犯罪の構成要件該当事実についての認識認容は認められないから、原則として故意は認められない。もっとも、異なる構成要件が実質的に重なり合う場合にはその限度で共通の構成要件が認められるため、構成要件該当事実の認識認容があるといえ、故意が認められる。そして、犯罪の重なり合いは、①保護法益及び②行為態様の同一性により判断する。

20 イ 本件において、客観的には死体遺棄罪が実現しているが主観的には殺人罪を行っている。前者の保護法益は国民の宗教感情であるのに対して後者の保護法益は、生命身体であるから、保護法益は同一とは言えない(①不充足)。

ウしたがって、故意は阻却される。

2. 以上より、Xの第2行為につき、死体遺棄罪(190条)は成立しない。

## 25 VII. 結論

以上より、殺人罪(199条)が成立し、Xはその罪責を負う。

以上