

## I. 事実の概要

5 妻甲は、不仲の夫Vを自動車事故に見せかけて殺害することで、生命保険金を騙し取ろうと考えた。そこで、不倫相手の乙に対し、Vの死亡で巨額の生命保険金が入ることを隠したまま、乙自身  
10 自身が自らの手でVを殺害するように懇願した。甲との不倫関係を継続したい乙は、渋々、その依頼を引き受けて殺害計画を立て始めたが、スポーツマンで屈強なVを一人で殺すのは難しいと考え、裏社会の人間に殺害させることにした。そこで、インターネット上の闇サイトを利用して  
15 A・B・Cと連絡を取り、多額の報酬を約束してVの殺害を依頼したところ、A・B・Cは、報酬欲しさからこれを引き受けた。

A・B・Cは、実行犯であるBらが乗った自動車(「犯人使用車」)をVの運転するV所有の自動車(「V使用車」)に衝突させ、衝突事故の示談交渉を装ってVをBの自動車内に誘い込み、Vに睡眠薬を嗅がせて昏倒させた後、自動車と一緒に水中に転落させてVを溺死させるという計画を立てた。

15 犯行当日、午後9時30分頃、A・B・Cは計画どおり、市内の路上において、犯人使用車をV使用車に衝突させたうえ、示談交渉を装ってVを車内に誘い入れた。Aは、睡眠薬を染み込ませたタオルをVの鼻口部に押し当て、睡眠薬を吸引させ続けてVを昏倒させた(「第1行為」)。その後、A・B・Cは、VをV使用車に乗せて数キロメートル離れた港まで運んだが、乙を呼び寄せた上でVを海中に転落させることに決め、乙に電話でその旨を伝えた。午後11時30分頃、現地に到着した乙とA・B・Cは、V使用車ごとVを岸壁から海中に転落させて沈めた(「第2行為」)。

20 Vの死因は、溺水に基づく窒息であるか、そうでなければ、V自身の体調不良により睡眠薬が過剰に作用したことに基づく窒息又は循環不全であるが、いずれであるかは特定できない。また、Vは第2行為より前の時点で、第1行為により死亡していた可能性も否定できない。

25 さらに、乙、A・B・Cはいずれも第1行為自体によってVが死亡する可能性があるとの認識を有していなかった。客観的に見ても、第1行為は人を死に至らしめる危険性の高い行為ではない。もっとも、病気で体が弱っている場合や何らかの理由で貧血状態になっている場合には、一般的に言われている睡眠薬の致死量よりも少ない量の服用で死亡する可能性があるとして、Vが体調不良であったことはV自身以外誰もが不知であった。

30 甲は、乙自身が殺人を実行する限り、その手段、方法については、すべて乙に委ねていたが、Vの遺体が発見されないまま数か月が経過したこともあり、自ら潜水業者に依頼して海中を捜索させるなどしていた。遺体が発見されると、直ちに保険金請求手続をし、一億数千万円の死亡保険金を受け取ったが、その金額の大半は別の不倫相手に貢いだのだった。

甲、乙の罪責について論ぜよ。

35 参照:最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁

## II. 問題の所在

1. 乙・A・B・Cは、第1行為の後に、Vの生命侵害の危険性を有する、自動車と一緒に水中に落とすという殺人罪構成要件該当行為を予定していたが、第1行為の時点でVの死亡結果を発生させている可能性が存在する。このような場合、第1行為自体によって結果を発生させるつもりがないにもかかわらず、第1行為によって発生した結果について殺人罪の既遂の責任を問えるか問題となる。具体的には、①第1行為によりVを死に至らしめる認識はなく、第一行為を開始した時点で、「実行に着手」(43条ただし書)したといえないのではないか②第1行為の時点で故意が認められるかが問題となる。
2. 仮にVの死因が第1行為だったとすると、第1行為は一般的に見て人を死に至らしめるものではなく、死亡結果はあくまで第1行為とVの持つ体調不良という特殊事情が相まって発生したものである。このような場合、実行行為と結果との間の因果関係が認められないのではないか。なお、本論点は春合宿にて既に取り扱ったものであるため、今回は危険の現実化説を前提として検討を省くものとする。
3. また、2で因果関係が認められるとすると、これは乙・A・B・Cの認識した因果経過とは異なり、因果関係の錯誤が存在すると言える。このような場合、構成要件の故意が阻却されるのではないかと。しかし、因果関係の錯誤は具体的事実の錯誤の一類型であり、これは、第3で扱った法定的符合説と具体的符合説の問題である。また、これらのどちらを採用したとしても結論に変化はない。これらの事情から、この問題についても検討を省くものとする。

## III. 学説の状況

### 実行の着手時期の判断基準について

#### ア説(主観説<sup>1</sup>)

犯意の飛躍的表動、あるいは犯意の成立がその遂行的行為によって確定的に認められた時点で実行の着手を認める説。

25

#### イ説(客観説)

##### イ-1説(形式的客観説<sup>2</sup>)

構成要件該当行為の一部の実行の開始をした時点で実行の着手を認めるとする説。

##### イ-2説(実質的客観説)

構成要件該当行為の開始ではなくとも、構成要件該当行為に密接な行為がなされた時点で実行の着手を認める見解<sup>3</sup>。

---

<sup>1</sup> 平野龍一『刑法総論II』(有斐閣,1975年)312頁参照(宮本)。

<sup>2</sup> 団藤重光『刑法綱要総論[第3版]』(創文社,1990)355頁。

<sup>3</sup> 井田良『講義刑法学・総論[第2版]』(有斐閣,2018年)433頁。

本説は、未遂犯の処罰根拠を既遂の具体的危険と解しており、その危険の捉え方につきさらに内部で対立がある。

#### イ・2a 説(行為説<sup>4</sup>)

- 5 「危険」を法益侵害の具体的危険性、すなわち、「既遂に至る客観的危険性」と捉え、上記密接行為が行われ、かつ、本危険が発生した時点で実行の着手を認める説。

#### イ・2b 説(結果説<sup>5</sup>)

- 10 「危険」を「未遂犯自体独自の結果としての危険」と捉え、上記密接行為が行われ、かつ、「法益侵害の危険性が具体的程度以上に達した時点」で実行の着手を認める説。

### 実行の着手の判断資料

#### a 説(客観説<sup>6</sup>)

- 15 実行の着手の判断資料を客観的事情に限定する見解。

#### b 説(故意限定説<sup>7</sup>)

客観的事情に加えて、行為者の故意または過失のみを判断資料とする見解。

#### c 説(計画説<sup>8</sup>)

- 20 客観的事情に加えて、犯行計画をも判断資料とする見解。

## IV. 判例

1. 最決昭和 45 年 7 月 28 日刑集 24 卷 7 号 585 頁。

#### [事実の概要]

- 25 被告人が、外一名と共謀のうえ、夜間一人で道路を通行中の婦女を強姦しようとして、共犯者とともに、必死に抵抗する同女を被告人運転のダンプカーの運転席に引きずり込み、発進して同所から約五、八〇〇メートル離れた場所に至り、運転席内でこもごも同女を強姦した。

#### [判旨]

- 30 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カー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る。

---

<sup>4</sup> 大谷實『刑法講義総論[新版第 5 版]』(成文堂,2019 年)364 頁。

<sup>5</sup> 山口厚『刑法総論[第 3 版]』(有斐閣,2015 年) 284 頁。

<sup>6</sup> 内田文昭『刑法 I 総論』(青林書院,2002 年)265 頁。

<sup>7</sup> 大谷・前掲(注 4) 365 頁。

<sup>8</sup> 大塚裕史「応用刑法 I—総論」『法学セミナー736 号』(日本評論社,2016 年) 97 頁。

[引用の趣旨]

犯人の犯罪計画を踏まえ、その計画が結果へと至る客観的な危険性が明らかに認められる時点で実行の着手を認定した事例であり、本問の参考判例である所謂クロロホルム事件以前に示された実質的客観説の行為説を採用した判例であるため引用した。

5

2. 名古屋高判平成 19 年 2 月 16 日判タ第 1247 号 342 頁。

[事実の概要]

被告人が、被害者に自動車を衝突させ、転倒させてその動きを止めた上、刃物で刺し殺すとの計画を立て、実際に包丁やレンタカーを準備して被害者を待ち伏せ、歩いている被害者に時速約 20 キロメートルで自動車を衝突させて傷害を負わせたが、その段階で翻意して被害者を包丁で刺さなかったため、被害者は死亡するに至らなかった。

10

[判旨]

被告人は、自動車を被害者に衝突させて同女を転倒させ、その場で同女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、自動車を同女に衝突させる行為は、同女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同女を転倒させた場合、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る刺突行為は引き続き行われることになっていたのもあって、そこには同時、同所といってもいいほどの時間的場所的接性が認められることなどにも照らすと、自動車を同女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、被告人が自動車を同女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。

15

20

[引用の趣旨]

判例 1 と同様に実質的客観説の行為説を採用した最近の判例であり、本説の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ため引用した。

25

## V. 学説の検討

実行の着手時期の判断基準について

ア説について

意思そのものを処罰するのが刑法の任務だとするのには疑問があるし、例えば保険金詐欺の目的で放火をしたときは、放火という重大な行為をした以上、これによって保険金詐欺の犯意も確定しており、かつそれが確実に表示されたと言えるであろうから、放火の時すでに詐欺の実行の着手があるということになりかねず、実行の着手の時期をあまりに早くするおそれがあり、妥当でない<sup>9</sup>。

30

よって、検察側はア説を採用しない。

35

---

<sup>9</sup> 平野・前掲(注1)312頁。

#### イ-1 説について

そもそも、実行の着手時期がいつかという問題は、いつ構成要件の一部実現があるかということであり、この問題の判断基準について具体化したものではないため、本説は問いに対して問で答えているようなものである。

- 5 さらに、構成要件要素に属する行為の範囲は極めて狭いため、実行の着手時期がかなり遅くなってしまい、妥当でない<sup>10</sup>。

よって、検察側はイ-1 説を採用しない

#### イ-2 説について

- 10 実行の着手とは、構成要件該当行為への着手を意味することから、最低限の要件として、犯人が故意をもって構成要件該当行為にまさに接着する直前行為ないし密接行為を行うことが必要である<sup>11</sup>。

よって、検察側はイ-2 説を採用するが、その内部での争いをさらに検討する。

- 15 イ-2B 説について

形式上行為者の手を離れた後の時点に実行の着手時期を認めざるを得ない場合があり得るため、結果発生の危険性と行為の属性を別異に取り扱わなければならない。また、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。

- 20 よって、検察側はイ-2B 説を採用しない。

#### イ-2a 説について

- 25 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現実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。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。

以上より、検察側はイ-2a 説を採用する。

#### 実行の着手の判断資料について

- 30 a 説について

例えば、ピストルの銃口を相手に向けた場合にも、行為者の主観を一切考慮に入れないとすると、それが殺人の実行行為にあたるか、傷害の実行行為か区別できず、妥当でない<sup>12</sup>。

よって、検察側は a 説を採用しない。

---

<sup>10</sup> 高橋則夫『刑法総論[第2版]』(成文堂,2010年)364頁。

<sup>11</sup> 井田・前掲(注3)433頁。

<sup>12</sup> 平野・前掲(注1)314頁。

## b 説と c 説について

- 行為者の計画内容如何によって行為の持つ危険性が異なることもある。特に計画的犯行においては、構成要件該当行為に至る前の段階で、構成要件該当行為を確実かつ容易に行うための準備的行為が行われることが多く、行為者の計画を考慮しなければその準備的行為の危険性を適切に評価することはできないため、判断資料を故意または過失の有無のみに限定すべきではない<sup>13</sup>。
- よって検察側は b 説を採用せず、c 説を採用する。

## VI. 本問の検討

### 第 1 乙の罪責について

- 10 1. 行為につき、乙に殺人罪の共同正犯(刑法[以下省略]199 条、60 条)が成立しないか。
- (1) 乙は第 1 行為の実行犯ではないが、共謀共同正犯が認められるか。
- ア. 共同正犯の処罰根拠が、2 人以上の者が犯罪を共同実行する合意を形成し、その合意に基づき法益侵害を共同惹起した点にあるところ、実行行為を分担しない者であっても、結果に強い因果性を与え、犯罪の実現について実行に準ずる重要な役割を果たした者についても共同正犯が成立すると解すべきである。よって共謀共同正犯の成立要件は①共謀、②正犯意思、③共謀に基づく共同実行である。
- 15 イ. 本件において、乙は A・B・C に V を殺害する約束をとりつけていることから、共謀が認められる(①充足)。また、約束の際、乙は A・B・C に多額の報酬を支払うことを条件として自ら依頼しており、自ら犯罪を実行したといえる程度の重要な役割を担っていたと評価できる(②充足)。
- 20 そして A・B・C は乙との共謀に基づき第 1 行為に及んでいる(③充足)。
- ウ. よって共同正犯の要件を満たす。
- (2) 殺人罪の実行行為は「人を殺」すことである。本件において、V の死亡が第 1 行為によるものであるかは不明であるため、第 1 行為により「実行に着手」(43 条本文)したといえるか問題となる。
- 25 ア. 前述のとおり、検察側はイ・2a 説を採用する。
- イ. 本件において、第 1 行為の睡眠薬を吸引させる行為は、第 2 行為たる車を海中に沈める行為を容易に行うために必要な行為である。また、睡眠薬を吸引させて眠らせておけば、海中に沈める際に V が暴れることを防ぐことができるため、第 1 行為が成功すれば第 2 行為を行い V の死亡結果を発生させる上で特段の障害は存在しないと言える。そして、第 1 行為と第 2 行為との間に
- 30 2 時間程度の時間しか経過しておらず、場所も数キロ程度しか離れていないため、場所的・時間的近接性も認められる。
- ウ. よって第 1 行為と第 2 行為は密接した行為であると認められる。
- (3) もっとも、第 1 行為に V の死亡結果を発生させる具体的危険性が認められるか。
- ア. この判断資料として、検察側は c 説を採用する。
- 35 イ. 本件において、A・B・C は、第 2 行為たる車を海中に沈める行為を行うために第 1 行為を

<sup>13</sup> 大塚・前掲(注 8) 97 頁。

行っている。これは、Vに睡眠薬を嗅がせ昏睡させることで、その後自動車と共にVを海中に沈め溺死させるという事象をより容易で確実なものとするために段階的な計画を練ったうえでなされたものである。したがって、第1行為が行われた時点で第2行為に移行することが予め決められていたのであり、実際に計画通りVを睡眠薬で昏睡させた後、Vごと車を海中に沈めている。

5 このことから、第1行為が行われた時点でVの死亡結果を発生させる具体的な危険性があったといえる。

ウ. よって、第1行為の時点でVの死亡結果を発生させる具体的な危険性が認められる。

(4) したがって第1行為は実行の着手に該当する。

10 (5) 第1行為と第2行為は密接した行為であり、第1行為により死亡結果を発生させる現実的危険性が認められるから、因果関係が認められる。

(6) 構成要件の故意(38条1項本文)とは、客観的構成要件該当事実の認識・認容をいう。本件において、乙は第1行為でVを殺害する認識はなかったため、故意が阻却されないか。

ア. どのような因果経過を辿ろうと、認識事実と発生事実が法的構成要件内で一致していれば具体的な因果経過は問題とならず、故意は阻却されない。

15 イ. 本件において、第2行為で死亡させると認識しているが、結果的に第1行為と第2行為のどちらで死亡したか不明だとしても、認識事実と発生事実が法的構成要件内で一致しているため、故意は阻却されない。

(7) 以上より、乙の行為につき殺人罪が成立する。

## 20 第2 甲の罪責について

1. 乙らの一連の行為につき、甲に殺人罪の共同正犯(199条、60条)が成立しないか。

(1) 甲は実行犯ではないが、共謀共同正犯が成立しないか。要件は前述の通りである。

25 ア. 甲は乙にVの殺害を懇願し、乙も同意しているため共謀が認められる(①充足)。また、甲は乙にVの殺害を懇願していることから、甲の行為は犯罪の実現に不可欠なものであると評価できる上、自ら犯罪を実行したといえる程度の重要な役割を担っていたと評価できる(②充足)。そして乙は共謀に基づき犯罪を実行した(③充足)。

イ. よって共同正犯の成立が認められる。

(2) 甲に殺人罪の共同正犯が成立する。

30 2. 甲が保険会社から、保険金目的でVを殺害したにも関わらず自動車事故と見せかけて生命保険金を騙し取った行為につき、詐欺罪(246条1項)が成立しないか。

(1) 詐欺罪の構成要件は①欺罔行為、②錯誤、③錯誤に基づく交付行為である。

35 (2) 本件において、保険会社がVの死亡の経緯を知れば保険金を交付しなかったと考えられるため、甲は保険会社の交付判断につき重要な事実を偽っているといえる。また、甲の上記行為は保険金の交付という処分行為に向けられている。よって欺罔行為が認められる(①充足)。また、保険会社はVの死亡経緯を知っていれば保険金を交付していなかったと考えられるから、そのような事情を知らなかったことは錯誤に当たり(②)、錯誤に基づく交付行為があったと認められる(③充足)。

- (3) 故意(38条1項本文)も認められる。
- (4) 以上より甲の上記行為につき詐欺罪が成立する。

### 3. 罪数

保険会社に対する詐欺罪とVに対する殺人罪の共同正犯は併合罪(45条)となる。

5

## VII. 結論

乙にはVに対する殺人罪の共同正犯(199条、60条)が成立する。

甲にはVに対する殺人罪の共同正犯と保険会社に対する詐欺罪(246条1項)が成立し、両罪は併合罪(45条)となる。

10

以上