

I. 事実の概要

- 5 1. Xは、夫Aを事故死に見せ掛けて殺害し生命保険金を詐取しようと考え、Yに殺害の協力を依頼した。
2. XとYは、二人の乗った自動車(以下、「犯人使用車」という)をAの運転する自動車(以下、「A使用車」という)に衝突させ、示談交渉を装ってAを犯人使用車に誘い込み、クロロホルムを使って失神させた上、A使用車ごと水中に転落させて溺死させる計画を立てた。
- 10 3. XとYは、計画どおり、市内の路上において、犯人使用車をA使用車に追突させた上、示談交渉を装ってAを車内に誘い入れた。そして、午後9時30分ころ、クロロホルムを染み込ませてあるタオルをAの鼻口部に押し当てるなどして、クロロホルムの吸引を続けさせてAを昏倒させた(以下、「第1行為」という)。その後、Aを約2km離れた港まで運んだ。そして、午後10時30分
- 15 ころ、AをA使用車の運転席に運び入れた上、同車を海中に転落させて沈めた(以下、「第2行為」という)。
4. Aの死因は、溺水に基づく窒息であるか、そうでなければ、クロロホルム摂取に基づく呼吸停止、心停止、ショックまたは肺機能不全であるが、いずれかは特定できない。Aは、第2行為の前の時点で、第1行為により死亡していた可能性がある。
5. なお、X及びYは、第1行為自体によってAが死亡する可能性があるとの認識を有していなかった。
- 20 X及びY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

- 25 1. 第1行為の時点で「実行の着手」が認められ、第2行為と共に一連の殺人行為と評価できないか。「実行の着手」の成立時期が問題となる。
2. 第1行為の時点で殺意が認められないところ、既遂犯の故意を認め得るか。

Ⅲ. 学説の状況

1. 「実行の着手」の成立時期について

A説(主観説)

- 「実行の着手」が認められる時期を、犯意の成立がその遂行的行為に因りて確定的に認められるとき¹、犯意の飛躍的表動がみとめられるとき²と解する³説。

B説(客観説)

「実行の着手」が認められる時期の判断を、客観的な行為に求める説。以下に二分される。

10 B-1説(形式的客観説)

「実行の着手」が認められる時期を、構成要件に属する行為を行うこと、構成要件に属する行為に近接密着する行為を行うこと、又は行為の犯罪計画上構成要件行為の直前に位置する行為を開始することと解する⁴説。

15 B-2説(実質的客観説)

「実行の着手」が認められる時期を、構成要件的结果発生の現実的危険を惹起する行為、又は法益侵害の現実的危険性を有する行為を行うことと解する⁵説。

2. 既遂犯の故意について

20 α説(既遂説)

「実行の着手」に至れば、結果の帰属を可能とする「実行行為」が存在し、この「実行行為」と発生した「結果」が因果関係で結び付けられれば既遂犯が完成するという説⁶。

β説(未遂説)

- 25 着手未遂の段階から結果が生じた場合には、既遂構成要件に対応する故意が否定され、未遂犯と過失犯のみが成立するという説⁷。

¹ 牧野英一『刑法総論』上巻(有斐閣,1958)二次引用。

² 宮本英脩『刑法大綱』(成文堂,1985)二次引用。

³ 大谷實『刑法講義総論[新版第6版]』(成文堂,2025)367頁参照。

⁴ 大谷・前掲367頁参照。

⁵ 大谷・前掲367頁。

⁶ 松原芳博『刑法総論[第2版]』(日本評論社,2017)314頁参照。

⁷ 松原・前掲317頁。

IV. 判例

1. 「実行の着手」の成立時期について

横浜地判昭58.7.20判時1108号138頁

[事実の概要]

- 5 被告人は、妻に家出され、将来を悲観した。そのため、被告人は、妻との思い出のある木造平屋建ての居住家屋を燃やし、自身も焼身自殺しようと考え、当該家屋内に大量かつ広範囲にガソリンを撒布した。ところが、火をつける前に、死ぬ前に最後の煙草を吸おうと口にくわえた煙草にライターで点火した際、そのライターの火が気化したガソリンに引火して爆発し、当該家屋が全焼するに至った。
- 10 本事案においては、放火罪の実行の着手時期が問題となった。

[判旨]

「被告人はガソリンを撒布...この段階において...本件家屋の焼燬を惹起する切迫した危険が生じるに至ったものと認められる。」

[引用の趣旨]

- 15 本裁判例は、放火罪の実行の着手時期につき、対象の焼損という結果を惹起する切迫した危険が生じるに至ったことが認められれば、点火行為以前の行為の時点であっても実行の着手を認め、既遂犯の成立を認めている。

この点において、「実行の着手」が認められる時期を、構成要件的結果発生の現実的危険を惹起する行為、又は法益侵害の現実的危険性を有する行為を行うことと解するB・2説と親和的であるといえる。

- 20 よって、検察側に親和的であると考え、引用した。

V. 学説の検討

1. 「実行の着手」の成立時期について

- 25 A説（主観説）

犯罪意思が外部的に明らかになれば足りるとすると、強盗目的でピストルを持って家に侵入すれば強盗未遂の成立を認め、人を殺そうと刀を抜いて家に侵入すれば殺人未遂となる。このように、凶器が被害者に直接向けられる以前に強盗罪や殺人罪の着手を認める結論は、処罰範囲を不当に広げてしまう可能性がある⁸。

- 30 よって検察側はA説を採用しない。

⁸ 前田・前掲120頁参照。

B-1説（形式的客観説）

客観説を形式的に構成すると、「盗む行為」などの構成要件行為の開始が必要だということになる。例えば窃盗罪を成立させる場合、物に直接触らない限り窃盗の着手がないとするのは、

5 未遂犯の成立時期が遅すぎる⁹。

よって検察側はB-1説を採用しない。

B-2説（実質的客観説）

10 未遂犯の処罰根拠を構成要件の実現ないし構成要件の結果発生の実質的危険の惹起に求める以上、実行の着手もその実質的危険を惹起せしめることをいうと解すべきである。未遂犯の処罰根拠は法益侵害の危険の惹起であるという見地からすると、実質的危険の惹起を基準として実行の着手を判断する実質的客観説が妥当である¹⁰。

よって、検察側はB-2説を採用する。

15 2.既遂犯の故意について

B説（未遂説）

早すぎた構成要件のように着手未遂からの結果発生が起きた場合には結果が発生しているのにもかかわらず、あくまで未遂犯にとどまるという不可解な現象に陥る。また、条文の文言上、犯罪の発展段階において各類型を別罪として構成し行為者の認識・認容に応じて処罰が変わり
20 うとする趣旨は見受けられない¹¹。

よって、検察側はB説を採用しない。

α説（既遂説）

既遂説は、着手行為と結果惹起行為を一体の行為とみることで＜未遂＋結果＝既遂＞として
25 着手未遂においてもその等式を適用している。また、43条は着手未遂と実行未遂とを区別せずにその刑も既遂の刑の任意的な減輕にとどめており、着手未遂の段階で可罰的な程度の危険が肯定されるのは着手後はそのまま既遂に至るのが通例であるとする経験則に基づく¹²。

よって、検察側はα説を採用する。

⁹ 前田・前掲121頁。

¹⁰ 松原・前掲310頁参照。

¹¹ 君塚貴久「既遂犯の成立と未遂故意/既遂故意[故意帰属]の段階構造といわゆる[早すぎた構成 要件実現]について」法学研究論集第52号(2020)78頁。

¹² 松原・前掲318頁参照。

VI. 本問の検討

1. X及びYの罪責

- 5 (1) X及びYの第一行為及び第二行為(以下「本件行為」という。)を一体としてみて、殺人罪(刑法199条)が成立しないか。
- (2) ア 第一行為時点で「実行に着手」(刑法43条本文)したといえるか。この点、検察側はB-2説を採用する。よって、構成要件的结果発生の実害的危険を惹起する行為、又は法益侵害の実害的危険性を有する行為を行ったことが認められる場合に「実行に着手」したことが認められる。
- 10 イ 本件において、客観的にみれば、第一行為は、それ自体が人を死に至らしめる危険性の相当高い行為であった。また、Aを昏倒させない限りAを運転席に乗せてそのまま海中に転落させることは不可能であるから、第一行為は第二行為を確実にかつ容易に行うために必要不可欠である。加えて、昏倒したAを犯人使用車で港まで運ぶのは容易であるし、午後9時30分ころから午後10時30分ころと夜間であるため発見される可能性が低く、もし
- 15 Aが目を覚ましたとしても再度クロロホルムを吸引させることは可能であったのであるから、第一行為に成功すれば、第二行為を行う上で障害となるような特段の事情はない。さらに、第一行為と第二行為は距離にして追突現場から港まで2kmに過ぎないのであって、自動車という移動手段を考えれば数分で移動できる距離であるから時間的場所的近接性も認められる。
- 20 ウ そうであるならば、第一行為と第二行為を一体の本件行為としてみて、X及びYが第一行為に及んだ時点で、既に殺人罪の構成要件的结果が発生する実害的危険性が惹起されているというべきであり、「実行に着手」したというべきである。
- (3) Aは死亡した。
- (4) 上記結果は、Aの死因が、溺水に基づく窒息であるにしろ、クロロホルム摂取に基づく呼吸
- 25 停止、心停止、ショックまたは肺機能不全であるにしろ、X及びYの本件行為に内在する危険性が現実化したものであるから、因果関係が認められる。
- (5) 故意(刑法38条1項本文)とは構成要件該当事実の認識・認容をいう。X及びYは、AをA使用車ごと水中に転落させて溺死させることを認識・認容していたため、Aの死因が溺水に基づく窒息である場合には、当然に殺人の故意が認められる。
- 30 (6) ア では、Aの死因がクロロホルム摂取に基づく呼吸停止、心停止、ショック又は肺機能不全であった場合、まず、第一行為時点においてX及びYに殺人の故意が認められるか。

イ この点、検察側はα説を採用する。したがって、実行の着手に至り、結果の帰属を可能とする実行行為が存在し、かかる実行行為と発生した結果が因果関係で結び付けられることが認められれば、既遂犯が完成すると考える。

5 ウ 本件において、上記の通り、X及びYは第一行為に及んだ時点で実行の着手に至ったことが認められ、本件行為という一連の実行行為が存在し、上記の通り一連の本件行為と発生結果に因果関係が認められる。

エ よって、X及びYは第一行為の時点でAに対する殺人の故意が認められる。

10 (7)ア では、Aの死因がクロロホルム摂取に基づく呼吸停止、心停止、ショック又は肺機能不全であった場合、Aの死亡に至るまでの経過が当初予見したものと異なるが、これによって故意が阻却されないか。

イ 構成要件的故意とは、客観的構成要件該当事実の認識認容である。そのため、実現事実と行為者の認識した事実が構成要件の範囲内で一致していれば故意は認められ、具体的な因果経過の内容についてまでは認識が不要である。

15 ウ 本件において、第一行為によってAを死亡させることと、第二行為によってAを死亡させることは、「人を殺した」という同一構成要件内における錯誤に過ぎないのであって、認識事実と実現事実とが構成要件の範囲内で一致しているといえる。そのため、本件における錯誤は故意を阻却するものではない。

エ よって、Aの死因がクロロホルム摂取に基づく呼吸停止、心停止、ショック又は肺機能不全であった場合にも、X及びYの殺人の故意が認められる。

20 (8) 以上より、X及びYの本件行為に殺人罪(刑法199条)が成立し、両者には「共同して犯罪を実行した」として殺人罪の共同正犯(刑法60条,199条)が成立する。

VII. 結論

25 Aの死因が、溺水に基づく窒息であるにしろ、クロロホルム摂取に基づく呼吸停止、心停止、ショックまたは肺機能不全であるにしろ、X及びYに、殺人罪の共同正犯(刑法60条,199条)が成立する。

以上