

司法試験

---

予備試験後の過ごし方  
～今後の学習方法でライバルに差をつける～  
【反町 義昭 LEC専任講師】

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 183763

LU18376



予備試験後の学習方法—判例の射程を意識した論文対策の重要性—

【問題】 【合格答案作成講座・問題集（刑法）より抜粋】

第5問

暴力団の末端組員である甲は、組長であるAから、「この車（以下「A車」という。）を廃車にしようと思うが、手続が面倒だから、お前と何度か行ったことがある採石場に持って行って、後部座席に積んであるガソリンをまいて燃やしてくれ。」と指示された。甲は、組長であるAの指示であることから、これを引き受けた。Aが指示した採石場は人里離れた山中にあり、夜間、人が訪れることは滅多になかった。

夜になると甲は、一人でA車を運転し、採石場に向かった。甲が運転を開始してから1時間程経った頃、トランク内から「助けてくれ。出してくれ。」という人の声が聞こえた。甲が、道端にA車を止めてトランクを開けてみると、トランク内には、同暴力団の幹部組員であるVが手足をロープで縛られて横たわっていた。甲は、この時点で、Aが自分に事情を告げずにA車を燃やすように仕向けてVを焼き殺すつもりであったのだと気付いた。甲はVを殺害することに躊躇したが、甲自身、日頃、Vからいじめを受けてVに恨みを抱いていたことから、Vをトランク内に閉じ込めたままA車を燃やし、Vを焼き殺すことを決意した。甲は、Vが声を出さないようにVの口を車内にあったガムテープで塞いだ上、再びA車を運転して採石場に向かった。甲は、Vの口をガムテープで塞いだものの、鼻を塞いだわけではないので、それによってVが死亡するとは思っていなかった。

甲は、その後、山中の悪路を約1時間走行し、トランク内のVに気付いた地点から距離にして約20キロメートル離れた採石場に到着した。Vは、その間に、上記走行による車酔いによりおう吐し、ガムテープで口を塞がれていたため、その吐しゃ物が気管を塞ぎ、採石場に到着する前に死亡した。

甲の罪責を論じなさい。ただし、監禁罪については検討する必要はない。

（平成25年度 司法試験 第1問 改題）

<問題検討の視点>

参考判例：クロロホルム事件（最決平16.3.22）

→ 第1行為と第2行為の密接関連性を検討し、一連一体の実行行為として第1行為の時点で殺人罪の実行の着手ありと認定した

【本問】

- ・ A車トランク内にいるVの口をガムテープで塞いでトランクを閉じてA車を走行させる行為（第1行為）
  - ・ 採石場の駐車場でA車に火を放ってVを焼き殺す行為（第2行為）
- ⇒ 本問において第1行為と第2行為の密接関連性を検討するのはどうしてか？（問題の所在）  
クロロホルム事件との事案の違いはどこにあるか？（判例の射程）

**【解答例】(合格答案作成講座・問題集(刑法)より抜粋)**

第1 本問で、甲はVを採石場まで運んで車ごと燃やして殺害する意図の下、Vの口を塞ぎトランクに閉じ込めてA車を走らせるという準備行為を行ったところ、Vは、ガムテープで口を塞がれていたため吐しゃ物が気管を塞いでしまい死亡した。甲のかかる準備行為につき殺人罪(199条)が成立し、甲は同罪の罪責を負うか。

第2 実行行為について

1 実行行為とは、構成要件の予定する法益侵害の直接的現実的危険性を有する行為をいう。本問で、甲は、Vの口をガムテープで塞いだが、鼻を塞いだわけではない。口を塞ぐだけで死の結果の直接的現実的危険性が生じるとはいえないので、甲の行為は殺人予備罪(201条)、もしくは監禁致死罪(221条)が成立するとどまると思える。しかし、特定の犯罪を実現するための準備行為であっても、①かかる準備行為が当該犯罪を確実に遂行するために必要不可欠で、②準備行為の後、当該犯罪を遂行する上で障害となるような特段の事情がなく、③準備行為と予定された犯罪の間に時間的場所的接性が見られる場合には、準備行為にも法益侵害の直接的現実的危険性が認められる。そこで、準備行為時点で実行の着手が認められ、準備行為自体に実行行為性が認められるというべきである。

2 本問で、Vは、運転席にいる甲に聞こえる程の大声で叫んでおり、そのままでは途中で誰かに気付かれて通報等により救助されかねない。そこで、Vの口を塞ぎ、車から出られないようにトランクに閉じ込めたままにするという準備行為を行えば、Vは声を出して助けを求めることもできなくなり、確実にVを焼き殺すことができる。そして、再びトランクの中に入れることで、トランクの中からはトランクを開けることはできないので、自力で脱出することは著しく困難となり、車に火を放たれれば、Vは逃げられず、死亡という結果に至ることとなる。そうすると、Vから抵抗されることなく焼き殺すためには、Vの口をガムテープで塞いだ上、トランクに閉じ込めることが必要不可欠の前提となっていたといえる(①)。また、Vの口を塞ぐことに成功した場合、採石場に至るまでに、他者にVがA車のトランクに閉じ込められていると気付かれることは考えられず、採石場は人里離れた山中にあり、夜間、人気がない場所であった上、ガソリンも用意されていたのであるから、Vの口を塞いでトランクに閉じ込めてしまえば採石場でVを焼き殺すことに特段の障害はなかった(②)。そして、Vの口をガムテープで塞いだ地点から、Vを焼き殺すつもりであった採石場までは、車で約1時間、距離にして約20キロメートル離れたところであり、至近距離とはいえないが、車で移動していることも考慮すれば時間的・場所的に近接しているといえる(③)。

3 以上より、甲がVの口を塞ぎ、トランクに閉じ込めA車を走らせた行為時点で実行の着手が認められ、当該行為が殺人罪の実行行為と認められる。

第3 結果、因果関係について

そして、Vの窒息死という結果も生じており、甲が口をガムテープで塞がなければ吐しゃ物が気管を塞ぐこともなかったのだから、実行行為と結果との間の因果関係も認められる。

第4 故意について

1 本問で、甲は、口をガムテープで塞ぎA車を走らせる行為によってVが死亡するとは思っておらず、殺人罪の故意(38条1項)は認められないとも思える。しかし、そもそも口をガムテープで塞ぎトランクに閉じ込めたままAを走らせる行為は、殺人を行う準備行為として行ったものであるから、この時点で甲はVに対する殺意を有しており、殺人罪の故意は認められる。

もっとも、甲はVを採石場で焼き殺す計画であったため、甲が予定した因果経過と異なる経路をたどっている。因果関係も構成要件の要素である以上、故意の対象となるため、かかる因果関係に錯誤があれば故意が阻却されるのではないか。

2 故意責任の本質は、規範に直面して反対動機を形成することが可能であるにもかかわらず、あえて行為に出た者に対する道義的非難である。規範は構成要件の形で与えられているから、認識した事実と実現した事実とが、構成要件の評価として一致する限度で実現事実について故意が認められる。そうすると、行為者が想定していた因果経過と現実に発生した因果経過が食い違っていたとしても、そのどちらも法的因果関係の範囲内であればその食い違いは重要でなく、故意は阻却されない。

3 本問で、甲は、Vを採石場でA車ごと燃やして焼き殺す予定であった。採石場は人気がないこと、ガソリンがすでに用意されていたこと、トランクから自力で脱出することは不可能であることからすると、甲が想定していた因果経過は殺人罪の構成要件に該当する。また、現実に発生した因果経過も前述の通り殺人罪の構成要件に該当する。したがって、甲は規範に直面していたといえるため、殺人罪の故意は阻却されない。

第5 以上により、甲の行為には殺人罪が成立し、甲は同罪の罪責を負う。

以上

## 【論点解説】早すぎた構成要件の実現

### 1 はじめに

＜第2行為によって結果を発生させる意図で第1行為に及んだ事例＞について、「第2行為によって結果を発生させる意図であったことから、第1行為の時点で「実行の着手」が認められるかが問題となる。」という趣旨の問題提起をしたうえで、判例①（クロロホルム事件）の判断基準（「一連の実行行為論」）を漫然と展開している論述を多く見かけます。

もっとも、「第2行為で結果を発生させる意図であった」という主観面の事情が、どうして「実行の着手」（実行行為）という客観面の問題として提起されることになるのでしょうか。この問題の所在について、正確に理解しておく必要があると思われます。

### 2 問題の所在（「一連の実行行為」論の実益）

まず、第1行為と第2行為は、自然的な観察によれば別個の行為と考えられることが前提となります。例えば、「クロロホルムを吸引させる行為」と「海中に転落させる行為」は、全く別の行為態様・類型に属する行為であり、行為者の“犯行計画”を考慮しなければ、直ちに一連一体の行為との評価は導けません。この意味で、同一機会に同一被害者を連続して複数回殴ったり蹴ったりした場合に、全体として一連一個の暴行と評価するような場合とは問題の所在が異なっています。

このようなく全く別の行為態様・類型に属する2つの行為について、「第1行為の時点で実行の着手が認められるか」という問題について、判例が「一連の実行行為」論（犯行計画において、①第1行為の第2行為を**確実かつ容易に行うための必要不可欠性**、②第1行為以降の**犯行計画を遂行する上で障害となるような特段の事情の有無**、③第1行為と第2行為との間の**時間的場所的近接性**を判断要素とする実行行為の認定論）を展開した事案に関しては、その問題の所在を、一応、以下の2つの類型に分けて整理することができます。

#### (1) 第1行為に高度の危険性が認められない場合

**類型Ⅰは、【現実には第2行為を実行せずに結果不発生であった事案において、第1行為それ自体には結果発生の高度の危険性が肯定できない場合】**です（判例②参照）。

殺人罪を例に考えると、この場合、仮に第1行為の時点で「実行の着手」が肯定できなければ、第1行為は単なる殺人の準備行為であって、**殺人予備罪**にとどまることになります。そこで、類型Ⅰにおいては、計画上の第2行為と一連一体的に第1行為の危険性を判断することによって、第1行為の時点で「実行の着手」を肯定した場合、客観的には**殺人未遂罪**の該当性が肯定できるという点に、「一連の実行行為」論の検討の実益があるといえます。

これに対して、もし第1行為それ自体で結果発生の高度の危険性が肯定できるのであれば、それをもって第1行為を実行行為（第1行為の時点で「実行の着手」）と評価することができるはずですから、少なくとも客観面の認定としては、「一連の実行行為」論を展開しなくとも、殺人未遂罪に当たるとすることに問題は生じないと考えることもできるのです。この場合、専ら主観面（故意）の認定の問題として、行為者が第1行為の危険性の認識を欠いていた点が問題となり得るに過ぎない、と考えることになるでしょう。論述上も、故意の認定の箇所でも問題提起されることになるはずですが。

判例②は、被告人が、自動車を被害者に衝突させて転倒させて（第1行為）、その場で刃物で刺し殺す（第2行為）という犯行計画を立て、第1行為に及んだものの、結局、第2行為には及ばなかったという事案でした。この事案では、実際に行われた第1行為は“時速約20キロメートル”で自動車を被害者に衝突させる行為でしたが、仮にこれが“時速約100キロメートル”で自動車を衝突させる行為であったとしたら、どのような判断になったのでしょうか。時速約100キロメートルで自動車を人に衝突させる行為には、それ自体で人を死亡させる高度の危険性が肯定できるでしょうから、第1行為はそれ単独で殺人の実行行為と評価できると思われます。そうであれば、少なくとも客観面の認定においては、わざわざ第2行為との密接関連性を判断して一連一体の実行行為であるなどと認定する必要は生じないでしょう。もちろん、この場合でも、被告人が第1行為で殺すつもりはなく、あくまで第2行為で殺すつもりであったのであれば、故意の認定は問題となりますが、少なくとも客

観面の実行行為は、第1行為のみを認定すれば足りるはずですが（起訴状の公訴事実にも第1行為のみが実行行為として記載されると思います。）。

この観点から判決文を見てみると、「被告人は四輪自動車を時速約20キロメートルで被害者の背後から衝突させているところ、この行為自体で被害者を死亡に至らせることがある」と判示されていますので、判例②は、第1行為が全く危険性を欠く行為であったとまでは言っていません。たしかに、いくら低速であろうと自動車を衝突させる行為は、抽象的には人を死亡させることもあり得る危険な行為といえるでしょう。もっとも、この行為を単独で評価すると、一般に人を死亡させる高度の危険性までは必ずしも肯定できないのではないのでしょうか。そこで、第1行為に殺人罪の実行行為性あり（第1行為の時点で殺人罪の実行の着手あり）と評価するための、いわば“ダメ押し”の理由付けとして、「一連の実行行為論」が登場している、と理解することができます。すなわち、「第1行為それ自体はそこまで危険ではなかったかもしれないけど、第1行為と第2行為は密接に関連する一連一体の行為といえる。そうであれば、非常に危険な第2行為がすぐ後ろに控えていたのだから、第1行為の時点で殺人の実行の着手が認められる。」という理由で、殺人予備罪ではなく殺人未遂罪の客観的該当性を肯定しているのです。

## (2) 第1行為に高度の危険性が認められる場合

それでは、第1行為それ自体に高度の危険性が肯定できてしまう場合であれば、客観面の実行行為の認定において、およそ「一連の実行行為」論を展開する実益が生じないのでしょうか。そこで、次の類型Ⅱです。

**類型Ⅱは、【現実に第2行為まで実行し結果を発生させた事案において、第1行為それ自体に結果発生の高度の危険性が肯定できるものの、結果との因果関係（死因）が特定できない場合】**です（判例①（クロロホルム事件）参照）。

同様に殺人罪を例に考えてみると、仮に第1行為それ自体の危険性をもって第1行為を実行行為と評価できたとしても、その行為と結果との因果関係が肯定できなければ、第1行為は客観的に**殺人未遂罪**にとどまることとなります。そこで、類型Ⅱにおいては、第1行為と第2行為を一連一体の実行行為と評価することによって、そのいずれの行為から結果が発生したか（死因）が特定されなくとも結果の帰責を肯定できるとした場合、客観的には**殺人既遂罪**の該当性が肯定できるという点に、「一連の実行行為」論の検討の実益があるといえます。

これに対して、もし結果を発生させた行為（死因）が第1行為であったと特定できるのであれば、客観的に結果発生の高度の危険性が肯定でき、それ自体で実行行為と評価できる第1行為によって結果を発生させたことになるのですから、少なくとも客観面の認定としては、「一連の実行行為」論を展開しなくとも、殺人既遂罪に当たるとすることに問題は生じないと考えることもできるのです。この場合も、問題となるのは専ら主観面（故意）の認定であり、行為者が第2行為によって結果を発生させることを認識していた点で因果関係の錯誤が問題となるに過ぎない、と考えることになるでしょう。論述上も、やはり故意の認定の箇所問題提起されることになるはずですが。

判例①は、被告人が、クロロホルムを被害者に吸引させて失神させ（第1行為）、同人を乗せた自動車ごと崖から川に転落させて（第2行為）、でき死させるという犯行計画を立て、第1行為及び第2行為に及んだ事案でした。第1行為の危険性について、判決文では、「客観的にみれば、第1行為は、人を死に至らしめる危険性の相当高い行為であった。」と判示されていますから、第1行為それ自体を単独で評価しても、相当高度の危険性を肯定できることが分かります。第1行為の危険性について、判例②では、「この行為自体で被害者を死亡に至らせることがある」という表現でしたので、これと対比しても、判例①は、より一層高い危険性が認定されていることになると思います。しかし、この事案では、被害者の死因が、「でき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、窒息、ショック又は肺機能不全であるが、いずれであるかは特定できない。」という事情がありました。すなわち、第1行為を第2行為と切り離して別個の行為として評価してしまうと、実行行為性を肯定できるとしても、因果関係が肯定できない、ということになってしまいます。そこで、両行為を一連一体の実行行為と評価することで死亡結果の帰責を可能としたのが、「一連の実行行為」論であった、と理解することができます。

### 3 検討上の注意点

各判例の事案における「一連の実行行為」論の問題の所在は、一応以上のように整理することができます。もっとも、とりわけ判例①（クロロホルム事件）の理解については、未だに学説の議論が錯綜しており、問題の所在の整理の仕方も一様ではない点に留意してください。

例えば、判例①と同様の犯行計画を行為者が立てていた場合であっても、少し事案が異なり、クロロホルムを吸引させた時点で被害者がクロロホルム摂取に基づく呼吸停止等により死亡していた（死因が第1行為によるものであることが証明された）という場合であったら、どのような判断になるでしょうか。これは、【第1行為それ自体に結果発生の高度の危険性が肯定でき、かつ、第1行為と結果との因果関係も肯定できる場合】ということになりますので、まさに判例①の射程が問われます。

上述した理解に従えば、この場合には判例①の射程は及ばないのであり、少なくとも客観面の実行行為（実行の着手）の認定の問題としては、「一連の実行行為」論を展開する必然性はなく、第1行為を実行行為として殺人既遂罪の客観的該当性を認定した上で、専ら主観面の故意の認定において因果関係の錯誤が問題となる、という思考の整理になると思います。

これに対して、この場合にもなお判例①の射程は及ぶのであり、客観面の実行行為（実行の着手）の認定で行為者の犯行計画を考慮した第2行為との一連一体性を検討する必要があるのだ、と整理する理解もあり得ます。この考え方は、およそ行為者が内心において第2行為を留保して行った場合の第1行為の危険性は、第2行為との密接関連性を検討しなければ判断できないものである、という一般論にまで判例①の射程を広げて捉える理解です。

この問題については、上記のように判例の理解の仕方が一様ではない点に配慮してなのかもしれませんが、出題趣旨においても、以下のように述べられていました。

#### [平成25年出題趣旨]

「本問で特に問題となるのは、**構成要件の実現が早すぎた場合の実行の着手時期等**をどのように考えるのかという点である。この点については、**最判平成16年3月22日刑集58巻3号187頁**が参考になる。…また、**この判例の考え方に従わない場合も、同判例を意識しつつ、殺人罪の実行着手時期等についての自己の見解を説得的に論証した上で、的確な当てはめを行うことが求められる。**」

このように、出題趣旨でも、「判例の考え方」に従わない見解の許容性について明示的に付言されています（上記のとおり、そもそも「判例の考え方」に対する理解が一様に固まっているわけではないのです。）。

したがって、少なくとも答案上で「一連の実行行為」論を展開する場合には、冒頭で挙げたような漫然とした問題提起をするのではなく、上記各判例の射程も意識しながら、その事案においていかなる意味で「実行の着手」（「一連の実行行為」）の認定が問題となっており、その検討の実益がどこにあるのかを意識して論述することができれば、より良い論述になると思います。

### 3 問題分析

以上のような観点から、以下、本問を分析してみましょう。

本問において、甲の犯行計画は、A車のトランク内にいるVの口をガムテープで塞いでトランクを閉じてA車を走行させ（第1行為）、採石場の駐車場でA車に火を放って（第2行為）、Vを焼き殺すというものでした。

本問は、現実には被害者の死亡結果が発生しているという点では、判例①（クロロホルム事件）に近い事案といえます。しかしながら、本問で、Vは、走行による車酔いが原因でおう吐し、その吐しゃ物が気管を塞いだため窒息死しています。すなわち、被害者の死因が第1行為によるものと明確に特定されている点で、判例①とは事案が異なっています。

他方、第1行為それ自体の危険性を分析してみると、たしかに、ガムテープで口を塞いでトランクに閉じ込めて自動車を走行させることは、被害者の呼吸を困難にする行為をしているわけですから、ある程度は人を窒息死させる危険がある行為だといえます。しかしながら、甲がガムテープで塞いだのはV

の口だけであり、鼻は塞いでいません。そうであれば、少なくともこの行為から直接的にAが窒息死する危険性はそれほど高くはなかったと考えられます。そうすると、本問は、【第1行為それ自体には結果発生の高度の危険性が肯定できない場合】であり、これは判例②の射程内にある事案として整理することができるでしょう。このように考えた場合、本問でも客観面の実行行為（「実行の着手」）の認定において、判例の「一連の実行行為」論を展開することになります。

これに対して、第1行為それ自体でもAを死亡させる高度の危険性が肯定できるのだと考えた場合、本問は、まさしく上記で指摘した【第1行為それ自体に結果発生の高度の危険性が肯定でき、かつ、第1行為と結果との因果関係も肯定できる場合】ということになりますので、判例①の理解の仕方如何によって、論述の仕方も変わってくることになりそうです。その際、上記のような判例①との事案の違い（本問の特殊性）を指摘して、判例の射程を意識した論述ができれば、「判例の考え方に従わない場合」（本問を判例①の射程外と捉えることもこれに含まれるのでしょう。）であっても、十分評価される論述になると思います。

## 【論述例】

### 【実行の着手（早すぎた構成要件の実現）】

未遂罪の処罰根拠は、法益侵害を惹起する客観的危険性にあるところ、「犯罪の実行に着手」（43 条本文）とは、法益侵害の実現に至る客観的危険性を含む行為が開始されることをいう。

上記客観的危険性の判断に際しては、行為者の主観面も考慮すべきところ、行為者が犯行計画において、第1行為に引き続く第2行為によって結果を発生させることを意図していた場合、（第1行為それ自体に上記客観的危険性が認められない場合であっても／第1行為又は第2行為のいずれによって結果が発生したか特定できない場合であっても）、第1行為と第2行為とが密接な関連を有する一連の行為と認められるのであれば、第1行為を開始した時点で既に結果発生に至る客観的な危険性が認められるから、その時点において実行の着手があったものと解する。具体的には、犯行計画において、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か否か、②第1行為に成功した場合、それ以降の犯行計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存するか否か、③第1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性等の事情に照らして、第1行為が第2行為と密接に関連するか否かを判断すべきである。

## <参考判例>

### 【最決平 16.3.22】（クロロホルム事件）判例①

「1 1, 2 審判決の認定及び記録によると、本件の事実関係は、次のとおりである。

（1）被告人Aは、夫のV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、被告人Bに殺害の実行を依頼し、被告人Bは、報酬欲しさからこれを引受けた。そして、被告人Bは、他の者に殺害を実行させようと考え、C、D及びE（以下「実行犯3名」という。）を仲間に加えた。被告人Aは、殺人の実行の方法については被告人Bらにゆだねていた。

（2）被告人Bは、実行犯3名の乗った自動車（以下「犯人使用車」という。）をVの運転する自動車（以下「V使用車」という。）に衝突させ、示談交渉を装ってVを犯人使用車に誘い込み、クロロホルムを使ってVを失神させた上、最上川付近まで運びV使用車ごと崖から川に転落させてでき死させるという計画を立て、平成7年8月18日、実行犯3名にこれを実行するよう指示した。実行犯3名は、助手席側ドアを内側から開けることのできないように改造した犯人使用車にクロロホルム等を積んで出発したが、Vをでき死させる場所を自動車で1時間以上かかる当初の予定地から近くの石巻工業港に変更した。

（3）同日夜、被告人Bは、被告人Aから、Vが自宅を出たとの連絡を受け、これを実行犯3名に電話で伝えた。実行犯3名は、宮城県石巻市内の路上において、計画どおり、犯人使用車をV使用車に追突させた上、示談交渉を装ってVを犯人使用車の助手席に誘い入れた。同日午後9時30分ころ、Dが、多量のクロロホルムを染み込ませてあるタオルをVの背後からその鼻口部に押し当て、Cもその腕を押さえるなどして、クロロホルムの吸引を続けさせてVを昏倒させた（以下、この行為を「第1行為」という。）。その後、実行犯3名は、Vを約2Km離れた石巻工業港まで運んだが、被告人Bを呼び寄せた上でVを海中



に転落させることとし、被告人Bに電話をかけてその旨伝えた。同日午後11時30分ころ、被告人Bが到着したので、被告人B及び実行犯3名は、ぐったりとして動かないVをV使用車の運転席に運び入れた上、同車を岸壁から海中に転落させて沈めた（以下、この行為を「第2行為」という。）。

（4）Vの死因は、でき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、窒息、ショック又は肺機能不全であるが、いずれであるかは特定できない。V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）被告人B及び実行犯3名は、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。しかし、客観的にみれば、第1行為は、人を死に至らしめる危険性の相当高い行為であった。2 上記1の認定事実によれば、実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上、その失神状態を利用して、Vを港まで運び自動車ごと海中に転落させてでき死させるというものであって、第1行為は第2行為を確実に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、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や、第1行為と第2行為との間の時間的場所的接近性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。また、実行犯3名は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯3名の認識と異なり、第2行為の前の時点でVが第1行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けることなく、実行犯3名については殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる。そして、実行犯3名は被告人兩名との共謀に基づいて上記殺人行為に及んだものであるから、被告人兩名もまた殺人既遂の共同正犯の罪責を負うものといわねばならない。したがって、被告人兩名について殺人罪の成立を認めた原判断は、正当である。」

## 【名古屋高判平 19.2.16】判例②

「第2 論旨に対する判断（殺人の実行の着手について）

1 所論は、〔1〕原判決は、被告人の計画を自動車による衝突とその後の刃物による刺突とに分断し、後者の段階に至って初めて殺人の実行の着手が認められると判断しているが、被告人の計画は一連のものであって、被告人が自動車による衝突行為に着手した段階で殺人の実行行為の着手を認めるべきである、〔2〕原判決は、本件での自動車による衝突行為には死の結果を生じさせる具体的危険がなかったというが、過去の交通事故死亡例等に照らせば、時速20キロメートルほどの速度であったとしても、自動車が人に衝突した場合には死亡の危険が存することは明らかで、原判決の認定には誤りがある、という。

そこで、まず、上記〔1〕の点について検討を加えることとする。

2 原判決挙示の関係証拠によれば、次の各事情を認めることができる。

（1）被告人は、昭和62年、当時、好意を寄せていた女性に自動車を衝突させた上、同女を所携の包丁で刺して殺害する、という殺人の犯行に及び、平成2年に殺人罪により懲役7年に処せられた。この犯行は、被害者の女性に結婚を承諾させるには肉体関係を持つしかない、と被告人が考え、同女に自動車を衝突させ、介抱を装って車内に連れ込み、そこで肉体関係を持つという計画を立てたものの、自動車を衝突させた被害者の女性が転倒後すぐに起きあがって逃げようとしたことに激高して殺害したというもので、被告人は、犯行時、妄想型の精神分裂病（現在の呼称は統合失調症）の影響により心神耗弱状態にあったと認定された。

（2）被告人は、服役後である平成15年ころから、郵便局に勤務して郵便物の集配業務に従事していたが、配達先の会社で勤務をしていた丙山花子（以下「被害者」ともいう。）と知り合い、やがて好意を寄せるようになった。被害者は、被告人に対して、格別の好悪の感情を有していなかったが、被告人は、同女が被告人に好意を抱いていると信じる一方、売春組織（被告人の妄想の産物）が同女と被告人との仲を裂くために、同女に別の男を近づけようとしている、との妄想を抱くようになった。

（3）平成16年5月10日、被告人は、売春組織が送り込んできた男と被害者が会おうとしているとの妄想を抱いて、同女を尾行してその場を確認し、その上で同女を刃物で刺し殺した上で、自分も自殺しよう、などと考えた。そこでまず、包丁を購入した上、尾行に用いる自動車をレンタカー会社から借り受け、包丁を自動車の運転席ポケットに入れて準備し、同日午後3時ころから、被害者の立ち回り先を自動車で回り始めた。被告人は、同女がソフトボールの経験の有すると聞いていたことなどから、身のこなしが速

い同女の動きを止めるために自動車を衝突させて転倒させ、その上で包丁で刺す、との計画を立て、うまく転倒させるべく、適当な速度で走行しようと路上で練習をした。

(4) 同日午後6時20分ころ、被害者が自分の子を引取りに行くために、公訴事実第1記載の場所先にある保育園に向かって路上を歩いていたところ、同所に自動車を停めて被害者を待ち伏せしていた被告人は、同女を認めて自動車を発進させ、時速約20キロメートル程度の速度で同女の右斜め後方から車両前部を衝突させた。しかし、被告人の思惑と異なって、同女は転倒することではなく、ボンネットに跳ね上げられて、後頭部をフロントガラスに打ち付けた上、被告人車両が停止した後、路上に落下した。

(5) 被告人は、意外にも被害者がボンネットに跳ね上げられて、路上に落下し、立ち上がろうとするその顔を見て、急に同女を殺すことはできない、との考えを生じ、自動車を停止させた後、包丁を手にとることなく降車した。そして、逃げる被害者を追い掛け、同女に追いつくと「ごめんなさい。」などと述べ、さらに「丙山さんを殺して死ぬつもりだった。」などと言った。

3 これらの認定事実によれば、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接近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。

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接近性が認められ、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、同様と考えられる。

4 原判決は、被告人が自動車を被害者に衝突させた行為は、死の結果を通常予測させるほど危険性の高いものであるとはいえず、あくまで同女の抵抗を困難にするという目的でなされた準備行為であり、被告人が事後に被害者を刺し殺すつもりであった事情は、自動車を衝突させる行為自体の危険性を高めるものではないから、この時点で被告人に殺意を認めることはできない、ともいう。

しかし、本件では、被告人は四輪自動車を時速約20キロメートルで被害者の背後から衝突させているところ、この行為自体で被害者を死亡に至らせることがあることは経験則上明らかであり、このことを軽くみている原判断は相当ではない。

また、被告人が、まず被害者に自動車を衝突させることにしたのは、同女を刃物で刺し殺す前提として、身のこなしの速い同女に逃げられないよう、その動きを止めるというにあり、被告人の計画では、2つの行為が連続して行われ、密接な関連を持つことが明らかで、統合的に評価すべきであるから、この2つを分断して、自動車を衝突させる行為を準備行為に過ぎないとする前提自体が誤っている。このことは、犯罪実行の着手について、構成要件に該当する行為(本件では被害者を包丁で刺す行為)のみにとどまらず、これに接着あるいは密接なる行為をも含めて理解すべきことからも明らかである。

5 以上の次第で、被告人が被害者に自動車を衝突させた行為は、殺人の実行行為の着手に当たり、原判決にはこの点において事実の誤認が存し、この誤認は、判決に影響を及ぼすことが明らかであると考えられる。…(中略)…

(殺人未遂について中止未遂の成否)

続いて、判示第1の行為について中止未遂が認められるか否かを検討する。

論旨に対する判断において述べたとおり、関係証拠によれば、被告人は、被害者に自動車を衝突させてその動きを止め、その上で刃物で刺すという計画を立て、実際に自動車を衝突させて判示のとおり傷害を負わせたものの、その直後に同女を刃物で刺すことを断念したことが認められる。

前記認定のとおり、被告人が被害者に自動車を衝突させた時点で既に実行の着手は認められ、一定の傷

害は発生しているものの、重いものではなく、結果として被害者の生命に危険が生じるほどのものではなかった。なお、関係証拠によれば、被害者が治癒するまで50日間程度要していることが認められるものの、これは、同女が長く疼痛を訴えたためであって、当初は加療約10日間程度の傷害と診断されていたほどで、結果が軽傷であったとの認定を左右する事情にはならない。そして、被告人の計画が転倒させた被害者を刃物で刺し殺すというものであったことに照らせば、本件では、実行行為が完全に終了する前に未遂に終わったということが出来る。

被告人が被害者を刃物で刺すことを断念した理由、原因は、責任能力に対する判断の過程で認定したとおり、同女への一種の憐憫の情が湧いたか若しくは自己の行動についての自責の念が起きたためと認めるのが合理的であって、その後の被告人の行動は、刃物を自動車に残したまま降車し、同女に「ごめんなさい。」等の言葉を掛けただけで、同女に暴行や脅迫に及んでいない以上、被告人は自己の意思による殺人の実行行為を途中で中止したものと認めるのが相当である。

なお、関係証拠によれば、被害者は、路面に落下してから転倒することなくすぐに立ち上がり、付近に居合わせた通行人の女性に「警察呼んで下さい。」「助けて下さい。」などと言うとともに、保育園の門内に走り込み、そこでしゃがんでいたことが認められるが、被害者が被告人の手の届かないほど遠くまで逃走したり、通行人が被告人の行動を物理的に妨げたりした事情は認められず、警察官らが現場に到着するまでしばらく時間があり、実行行為を完遂することに物理的障害があったとはいえ、実際にその間に被告人も保育園の門の内側に入ったのに、それ以上は被害者に危害を加えようとはしなかったことがうかがえるから、同女の行動や通行人の存在は、被告人の中止行為の自発性の認定を妨げる事情とはならない。

よって、判示第1の殺人未遂については、殺人の実行行為の着手はあるものの、実行行為が終了する前の被害者が軽傷しか負っていない段階でその後の行為の続行を自発的に中止したものであるから、中止未遂が成立する。

以上

**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2018 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU18376