

司法試験

合格答案作成講座
刑法 I 判例集

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 193847

LU19384

序論・犯罪論総論

◆ 最判平 8.11.18

事案： 岩手県教職員組合の執行委員長であったXは、地方公務員法上の争議行為をあり、そしてありを企てた。当時、最高裁は国家・地方公務員の争議行為禁止に関して、いわゆる都教組事件及び全司法仙台事件の両大法廷判決において、争議のあり行為の処罰についての要件を厳格に絞るいわゆる「二重のしぼり論」を採用していたが、本件行為の1年前、最大判昭 48.4.25は、国家公務員法違反事件において「二重のしぼり論」を否定した。ただ、地方公務員法違反についての都教組事件判決は、明示的には変更されておらず、ちょうどこの時点で実行行為が行われた。

判旨： 「行為当時の最高裁判所の判例の示す法解釈に従えば無罪となるべき行為を処罰することが憲法 39 条に違反する旨をいう点は、そのような行為であっても、これを処罰すること」は、「憲法の右規定に違反しない」。

河合裁判官の補足意見は、「判例を信頼し、それゆえに自己の行為が適法であると信じたことに相当な理由のある者については、犯罪を行う意思、すなわち、故意を欠くと解する余地がある」が、本件当時、都教組判決はいずれ変更されることが予定され、「被告人は、このような事情を知ることができる状況にあり、かつ知つていたと認められるから、故意を欠いていたとはいえないとした。

◆ 最判平 8.2.8/百選 I [1]

事案： Xは、法定の除外事由がないのに、洋弓銃（クロスボウ）を使用して、マガモあるいはカルガモをめがけて矢4本を発射したが、1本も当たらなかった。鳥獣保護及狩猟ニ関スル法律（鳥獣法）1条の4第3項に基づく昭和 53 年環境庁告示3号りが、「弓矢を使用する方法による捕獲」を禁止している。矢が外れた場合も、「弓矢を使用する方法による捕獲」にあたるかが問題となった。

判旨： 「矢が外れたため鳥獣を自己の実力支配内に入れられず、かつ、殺傷するに至らなくても、鳥獣保護及狩猟ニ関スル法律1条の4第3項を受けた同告示3号りが禁止する弓矢を使用する方法による捕獲に当たるとした原判断は、正当である」。

◆ 徳島市公安条例事件/最大判昭 50.9.10

「およそ、刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確ゆえに憲法 31 条に違反し無効であるとされるのは、その規定が通常的判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず、また、その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずるからであると考えられる。……それゆえ、ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法 31 条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常的判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによってこれを決定すべきである」。

◆ 最大判昭 60.10.23/百選 I [2]

事案： 福岡県青少年保護育成条例 10 条 1 項は「何人も、青少年に対し、淫行又はわいせつの行為をしてはならない」と規定し、その違反者に2年以下の懲役又は 10 万円以下の罰金を科している（16 I）。Xは、A子（当時 16 歳）が 18 歳に満たない青少年であることを知りながら、ホテルの客室で性交し、もって青少年に対し淫行をした。

判旨： 「本条例 10 条 1 項の規定にいう、『淫行』とは、広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきではなく、青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似の行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為をいうものと解するのが相当である」。「このような解釈は通常的判断能力を有する一般人の理解にも適うものであり、『淫行』の意義を右のように解釈するときは、同規定につき処罰の範囲が不当に広過ぎるとも不明確であるともいえないから、本件各規定が憲法 31 条の規定に違反するものとはいえない」。

◆ 最大判昭 48.4.25

事案： Xらは、総評の警職法反対統一行動に加わるにあたり、同労組各県本部あてに「警職法改悪反対のため所属長の承認がなくても 11 月 5 日は正午出勤の行動に入れ」等の指令を発し、さらに農林省庁舎入

口にピケを張り、同職員らに対し職場大会への参加を呼びかけた。第一審は、処罰の根拠規定である110条1項17号は、争議行為と不可分な随伴的行為のうち、特に違法性の強いものに限り処罰するものと解し、無罪を言い渡した。これに対し、原審は限定解釈を認めずXらに有罪を言い渡した。争議行為を伴う行為に関する「二重の絞り論」は不明確で憲法31条に違反するかが問題となった。

判旨：「国公法110条1項17号が、違法性の強い争議行為を違法性の強いまたは社会的許容性のない行為により伴う等した場合に限ってこれに刑事制裁を科すべき趣旨であると解するときは、いうところの違法性の強弱の区別が元来はなはだ曖昧であるから刑事制裁を科しうる場合と科しえない場合との限界がすこぶる明確性を欠くこととなる……「このように不明確な限定解釈は、かえって犯罪構成要件の保障的機能を失わせることとなり、その明確性を要請する憲法31条に違反する疑いすら存する」。

◆ 最決平10.7.10

事案：鮮魚商であるXは、魚類であるアブラソコムツを販売・貯蔵したが、これが食品衛生法4条2号の「有害な物質」の販売・貯蔵に当たるとして、同法違反に問われた。当時、アブラソコムツは、肉中の脂肪に含まれるワックスが消化吸収されず下痢等をおこすことがあるとされ、また、食中毒事例として保健所に報告された事例があった等したため、販売、加工等がほとんど行われなくなり、厚生省環境衛生局乳肉衛生課長の「アブラソコムツについては、食品衛生法第4条第2号に該当する食品として取り扱うべきものと解する」旨の回答がなされていた。

原審（東京高判平7.10.31）は、「有害な物質」の販売という犯罪行為は、「犯罪構成要件を定める規定としては明確さを欠いているといわれてもやむを得ない」としつつも、「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的にアブラソコムツにつきその適用があるかどうかという判断を可能ならしめるような基準が読み取れるということが出来る」として、明確性を認めた。

決旨：「食品衛生法4条2号にいう『有害な物質』の意義が不明確であるということとはできない」とし、「アブラソコムツが食品衛生法4条2号にいう『有害な物質』が含まれる食品に当たるとした原判決の判断は、正当である」として、原審の判断を維持した。

◆ 最判昭27.12.25

旧民法下において継親子の間には、親子間における同一の親族関係が生ずるものとされていたが、民法の改正によってこの規定はなくなったところ、民法改正前に継父母を殺した継子は、民法改正後においても尊属殺人罪の規定に変更がない限り尊属殺人罪で処罰すべきとした。

◆ 最判平8.11.28

刑法改正による尊属傷害致死罪の削除は、単なる傷害致死罪の法定刑で処断すべき旨の刑の変更か、刑の廃止かが争われた事案において、「原判決言渡し後の平成7年6月1日施行された改正法は、傷害致死罪を定めた旧法205条1項に相当する規定として205条のみを置き、その加重類型である尊属傷害致死罪については、旧法205条2項に相当する規定を置いていない」とした上で、「改正法は、傷害致死罪の加重類型である尊属傷害致死罪を廃止して、これを傷害致死罪に統合することにより、実質的に、尊属傷害致死の行為に対する刑を変更したものと解するのが相当である」と判示した。

◆ 最大判昭32.10.9

被占領当時外国とみなされていた南西諸島との間で行われた貨物密輸罪について、南西諸島が日本に復帰した後には刑の廃止があったものと解すべきかどうかに関して、刑の廃止があったものとして、免訴を言い渡した。

◆ 最大判昭37.4.4

新潟県道路交通取締規則が昭和33年新潟県公安委員会規則2号によって改正され、原動機付自転車の二人乗りの禁止が除かれた後にも、以前の同規則違反行為については刑の廃止があったとはいえないと判示した。

◆ 最決平 6.12.9

事案： 台湾人XYは、日本人Aらが台湾から日本国内に覚せい剤を密輸入するに際し、XYが共謀して調達した約1.4kgの覚せい剤を台湾国内でAに手渡す等をした。さらに、XYはAらと共謀し、自ら覚せい剤を台湾から日本に密輸入した。XYは営利目的の覚せい剤密輸入罪および禁制品輸入罪、並びにそれらの幫助罪で起訴されたが、XYの幫助行為が日本国外で行われたため、わが国の刑法の適用の可否が争われた。

決旨： 「日本国外で幫助行為をした者であっても、正犯が日本国内で実行行為をした場合には、刑法1条1項の『日本国内において罪を犯した者』に当たる」。

◆ 最判昭 45.1.29／百選Ⅱ〔14〕

判旨： 「刑法 176 条前段のいわゆる強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が犯人の性欲を刺戟興奮させまたは満足させるという性的意図のもとに行われることを要し、**婦女を脅迫し裸にして撮影する行為であっても、これが専らその婦女に報復し、または、これを侮辱し、虐待する目的に出たときは、強要罪その他の罪を構成するのは格別、強制わいせつの罪は成立しないもの**というべきである」。

構成要件該当性

◆ 最決平 17.7.4/百選 I [6]

事案： 手のひらで患者の患部をたたくと自己治癒力を高めるとして独特の方法を施して信者を集めていた被告人は、患者である信者家族の依頼を受けて入院中の患者を家族らに病院外のホテルに連れ出させ、上記治療を施したのち、痰の除去や水分の点滴等患者の生命維持に必要な医療措置を受けさせないまま患者を約1日間放置し、痰による気道閉塞に基づき窒息死させた。

決旨： 「被告人は、自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた上、患者が運び込まれたホテルにおいて、被告人を信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当てを全面的にゆだねられた立場にあったものと認められる。その際、被告人は、患者の重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根拠はなかったのであるから、直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべきである。それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である」。

◆ 東京地八王子支判昭 57.12.22/百選 I [第5版] [6]

事案： 被告人（飲食店経営者）Aは従業員Bの客扱いが悪いことに立腹し、鉄棒でBを多数回にわたって強打し、さらに自宅に連れ帰ってから木刀などで暴行を加えた。

その結果Bはかなり重篤な症状を呈するに至ったが、Aは事実が発覚することを恐れ、直ちに医師による治療を受けさせなければ、Bが死亡するかもしれないことを認識しながら、それもやむをえないと決意し、Bに医師による治療を受けさせることをしなかった。

その結果Bが死亡し、Aが不作為による殺人罪（199）に問われた。

判旨：① 作為義務について

「暴行の態様は……かなり強力なものであつ（て）……（Bは）かなりの重傷というべきものがある（り）……右のような創傷に対して縫合などの治療が施されない場合は……死亡する可能性の存すること……を総合すれば……（Aは）自己の行為により……（Bを）死亡させる切迫した危険を生じさせた者と認められる」。

「本件犯行に至るまでの……（AとBの）関係は……（Aの家畜に近い）支配服従関係にあったことは否めないと認められ、また、（AがBに対して暴行を加えた7月13日以降）……（Aにおいて）受傷した……（Bの）救助を引き受けたうえ……（Bを）支配領域に置いていたと認められるのが相当である」。

「（AらがBの）創傷が医師による適切な医療行為を必要とする程度の重いものであることを認識し……（B）の死を予見しえ、また予見していたと認めるのが相当である」。

「以上……の各事実のほか……（AがBに対して）医師による治療を受けさせることが格別困難であったと認められる事情も存しないことを総合考慮すれば……（AはBに対し）創傷の悪化を防止し、その生命を維持するため……（Bをして）医師による治療を受けさせるべき法的作為義務があったというべきである」。

② 不作為について

「……（Aは）右作為義務を果たしたとは到底認められないばかりか……（前認定のようなAとBの関係、AがBを支配内においていたことも考え合わせると）病状が悪化していくにもかかわらず適切な医療措置を講じないという不作為は、不作為による殺人の実行行為と評価できる」。

◆ 最決昭 58.9.21（肯定例）

原判決及びその是認する第一審判決の認定したところによれば、被告人は、当時一二歳の養女紀美を連れて四国八十八ヶ所札所等を巡礼中、日頃被告人の言動に逆らう素振りを見せる都度顔面にタバコの火を押しつけたりドライバーで顔をこすつたりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせていた同女に対し、本件各窃盗を命じてこれを行わせたというのであり、これによれば、被告人が、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている同女を利用して右各窃盗を行つたと認められるのであるから、たとえ所論のように同女が是非善悪の判断能力を有する者であつたとしても、被告人については本件各窃盗の間接正犯が成立すると認めるべきである。

◆ 最決平 16.1.20／百選 I [73]

自動車の転落事故を装い被害者を自殺させて保険金を取得する目的で、**極度に畏怖して服従していた被害者**に対し、暴行・脅迫を交えつつ、岸壁上から車ごと海中に転落して自殺することを執ように要求し、被害者をして、命令に応じて車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない精神状態に陥らせていたなど判示の**事実関係の下**においては、被害者に命令して岸壁上から車ごと海中に転落させた行為は、被害者において、命令に応じて自殺する気持ちがなく、水没前に車内から脱出して死亡を免れた場合でも、殺人未遂罪に当たる。

◆ 食糧管理法違反事件（最判昭 25.7.6／最高裁判所判例集 4 卷 7 号）

事案： 会社の代表取締役 X が使用人 Y に命じて同人を手足として食糧管理法違反の米を運ばせた。

判旨： 「原判決の事実摘示を挙示の証拠と対照して、これを読めば、原判決の認定事實は、判示会社の代表取締役である X が……会社の使用人 Y に命じて同人を自己の手足として判示米を自ら運搬輸送した趣旨であって、Y を教唆し又は同人と共謀した趣旨でないことが明白である。そして、かく認めることは、挙示の証拠に照し社会通念上適正妥当である。従って、Y 等がその情を知ると否とにかかわらず X の行為が運搬輸送の実行正犯たることに変わりはない」と判示し、間接正犯（部分的）肯定説に立った。

◆ 大判大 10.5.7

事案： Xは、妊婦Aの同意を得て墮胎を開始したところ、**Aに生命の危険が生じたので、医師Yに依頼して、緊急避難として胎児を母体外に排出させた。**

判旨： 「医師に対しては墮胎罪成立せざること勿論なりと雖も、墮胎受託者は反法行為たる自己の墮胎手段に因り叙上緊急避難の状態を発生せしめ、其発生を機として医師に胎児の排出を求めたるものにして」、「医師の前記業務行為を利用して墮胎を遂行したる者に外ならざるが故に墮胎罪の間接正犯を以て論ずべきものとす」として、**医師Yの適法行為を利用した同意墮胎罪の間接正犯を認めた。**

◆ 大阪高判平 7.11.9（肯定例）

以上認定の各事実によれば、一平は、事理弁識能力が十分とはいえない一〇歳（小学五年生）の刑事未成年者であったのみならず、所論が指摘するような、直ちに大きな危害が被告人から加えられるような状態ではなかったとしても、右の一平の年齢からいえば、目ごろ怖いという印象を抱いていた被告人からにらみつけられ、その命令に逆らえなかったのも無理からぬものがあると思われる。そのうえ本件では、一平は、被告人の目の前で四、五メートル先に落ちているバッグを拾ってくるよう命じられており、命じられた内容が単純であるだけにかえてこれに抵抗して被告人の支配から逃れることが困難であったと思われ、また、一平の行った窃盗行為も、被告人の命令に従ってとっさに、機械的に動いただけで、かつ、自己が利得しようという意思もなかったものであり、判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかったことができる。そして、そのような状況の下で、被告人は、前記事実誤認の論旨に対する判断の際に述べた理由から、自己が直接窃盗行為をする代わりに、一平に命じて自己の窃盗目的を実現させたものである。以上のことを総合すると、たとえ一平がある程度是非善悪の判断能力を有していたとしても、被告人には、自己の言動に畏怖し意思を抑圧されているわずか一〇歳の少年を利用して自己の犯罪行為を行ったものとして、窃盗の間接正犯が成立すると認めるのが相当である。

◆ 最決平 13.10.25（否定例）

原判決及びその是認する第1審判決の認定によると、本件の事実関係は、次のとおりである。

スナックのホステスであった被告人は、生活費に窮したため、同スナックの経営者C子から金品を強取しようとして企て、自宅にいた長男B（当時12歳10か月、中学1年生）に対し、「ママのところに行ってお金をとってきて。映画でやっているように、金だ、とか言って、モデルガンを見せなさい。」などと申し向け、覆面をしエアガンを突き付けて脅迫するなどの方法により同女から金品を奪い取ってくるよう指示命令した。Bは嫌がっていたが、被告人は、「大丈夫。お前は、体も大きいから子供には見えないよ。」などと言って説得し、犯行に使用するためあらかじめ用意した覆面用のビニール袋、エアガン等を交付した。これを承諾したBは、上記エアガン等を携えて一人で同スナックに赴いた上、上記ビニール袋で覆面をして、被告人から指示された方法により同女を脅迫したほか、自己の判断により、同スナック出入口のシャッターを下ろしたり、「トイレに入れ。殺さないから入れ。」などと申し向けて脅迫し、同

スナック内のトイレに閉じ込めたりするなどしてその反抗を抑圧し、同女所有に係る現金約40万1000円及びショルダーバッグ1個等を強取した。被告人は、自宅に戻って来たBからそれらを受け取り、現金を生活費等に費消した。

上記認定事実によれば、本件当時Bには是非弁別の能力があり、被告人の指示命令はBの意思を抑圧するに足る程度のもではなく、Bは自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らかである。これらの事情に照らすと、所論のように被告人につき本件強盗の間接正犯が成立するものとは、認められない。そして、被告人は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、Bに対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、Bが奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、被告人については本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立するものと認められる。したがって、これと同旨の第1審判決を維持した原判決の判断は、正当である。

◆ 米兵ひき逃げ事件／最決昭42.10.24／百選I〔9〕

事案： 甲が自動車を運転中、過失によりAをはね飛ばした。その結果、Aは甲の自動車の屋根にはね上げられたが、甲はそれに気づかず、そのまま運転を続けるうち、**同乗者が右自動車の屋上からAの身体を引きずり降ろし、舗装道路上に転落させ、Aは甲の自動車車体との激突および舗装道路面との衝突により死亡した。**

決旨： 「右のように同乗者が進行中の自動車の屋根の上から被害者をさかさまに引きずり降ろし、アスファルト舗装道路上に転落させるというのがごときことは、**経験上、普通、予想しえられるところではなく**、ことに、本件においては、被害者の死因となった頭部の傷害が最初の被告人の自動車との衝突の際に生じたものか、同乗者が被害者を自動車の屋根から引きずり降ろし路上に転落させた際に生じたものか確定しがたいというのであって、このような場合に被告人の前記過失行為から被害者の前記死の結果の発生することが、**われわれの経験則上当然予想しえられるところであるとは到底いえない**。」として、因果関係を否定した。

◆ 京踏切事件（大判昭4.4.11／百選I〔第5版〕〔7〕）

列車の運転手が踏切で子供を轢死させたが、それを回避することはできなかったという事案において、轢死は注意懈怠の結果ではないとして業務上過失致死罪の成立を否定した。この判例は因果関係を否定したものと解されている。

◆ 米兵ひき逃げ事件／最決昭42.10.24／百選I〔9〕

事案： 甲が自動車を運転中、過失によりAをはね飛ばした。その結果、Aは甲の自動車の屋根にはね上げられたが、甲はそれに気づかず、そのまま運転を続けるうち、**同乗者が右自動車の屋上からAの身体を引きずり降ろし、舗装道路上に転落させ、Aは甲の自動車車体との激突および舗装道路面との衝突により死亡した。**

決旨： 「右のように同乗者が進行中の自動車の屋根の上から被害者をさかさまに引きずり降ろし、アスファルト舗装道路上に転落させるというのがごときことは、**経験上、普通、予想しえられるところではなく**、ことに、本件においては、被害者の死因となった頭部の傷害が最初の被告人の自動車との衝突の際に生じたものか、同乗者が被害者を自動車の屋根から引きずり降ろし路上に転落させた際に生じたものか確定しがたいというのであって、このような場合に被告人の前記過失行為から被害者の前記死の結果の発生することが、**われわれの経験則上当然予想しえられるところであると**は到底いえない。」として、因果関係を否定した。

◆ 大阪南港事件／最決平 2. 11. 20／百選 I [10]

事案： 甲がAの頭部を洗面器などで数回殴打し意識を失わせ港の資材置き場に放置したところ、何者かがAの頭部を角材で殴打し翌日未明Aが死亡した。

決旨： 「犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間に因果関係を肯定することができ」とした。

◆ 最決平 16. 10. 19／H16 重判 [2]

事案： 被告人が、大型トレーラーに乗車していたAに運転態度の謝罪をさせるため、自車およびトレーラーを高速道路上に停止させて、Aに因縁をつけて暴行を加えた。その後、被告人は自車で立ち去り、ついでAが自車を発進させようとして前方に止まっていた車に進路を開けるよう依頼した際、後続車がトレーラーに追突し、後続車の運転者および同乗者の一部が死亡、その他が重傷を負った。

決旨： 「夜明け前の暗い高速道路……上に自車及びA車を停止させたという被告人の本件過失行為は、それ自体において後続車の追突等による人身事故につながる重大な危険性を有していたというべき」と判断した上で、「本件事故は、被告人の上記過失行為の後、……少なからぬ他人の行動等が介在して発生したものであるが、それらは被告人の上記過失行為及びこれと密接に関連してなされた一連の暴行等に誘発されたものであったといえる。」とし、被告人の過失行為と被害者らの死傷との間に因果関係があると判断した。

◆ 最決平 18. 3. 27／百選 I [11]

事案： 被告人は、2名と共謀の上、平成 16 年 3 月 6 日午前 3 時 40 分ころ、普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を押し込み、トランクカバーを開けて脱出不能にし同車を発進走行させた後、呼び出した知人らと合流するため、大阪府岸和田市内の路上で停車した。その停車した地点は、車道の幅員が約 7.5mの片側 1 車線のほぼ直線の見通しのよい道路上であった。上記車両が停車して数分後の同日午前 3 時 50 分ころ、後方から普通乗用自動車が発進してきたが、その運転者は前方不注意のために、停車中の上記車両に至近距離に至るまで気付かず、同車のほぼ真後ろから時速

約 60 kmでその後部に追突した。これによって同車後部のトランクは、その中央部がへこみ、トランク内に押し込まれていた被害者は、第 2・第 3 頸髄挫傷の傷害を負って、間もなく同傷害により死亡した。第 1 審、控訴審ともに逮捕監禁致死罪の成立を認めた。

決旨： 「被害者の死亡原因が直接的には追突事故を起こした第三者の甚だしい過失行為にあるとしても、道路上で停車中の普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を監禁した本件監禁行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができる。したがって、本件において逮捕監禁致死罪の成立を認めた原判断は、正当である」。

◆ 被害者運転車両の暴走行為（福岡高那覇支判昭 61. 2. 6／百選 I [第 5 版] [8]）

事案： 被告人は反対車線の路側帯に駐車するためにユーターンしようと、方向指示器で合図して減速して社内バックミラーで後方確認しながら（第 1 安全確認履行）、一旦自車を左寄せしたうえで、改めてユーターンし始めたが、この時点では、後方の安全確認を怠った（第 2 安全確認不履行）。他方、A は、B を後部に同乗させて時速 100 km に近い速度で自動二輪車を運転中、自己の前方でユーターンしようとしている被告人車を認め、同車を右から追い越そうとして同車と衝突しそうになり急制動をかけたところ転倒し、その結果、A は傷害を負い B は死亡した。

判旨： 被告人には、第 2 安全確認不履行はあるが、「本件事故と因果関係を有する業務上の注意義務違反は認められ」ない。……被告人が、仮に第 2 安全確認を履行したとしても、「少なくとも 86 メートル以上後方を追従走行してくる A 車の前照燈を認め得るに止まり、時間帯も深夜で本件現場が暗かったことを考慮すると、同車が前認定のような高速度で疾走して来ることを認識するのは困難であったと考えられる。……本件の場合、転回をする運転者たる被告人としては、前記のとおり、後続車である A 車において交通法規に従い追突等の事故を回避する適切な運転をするであろうと信頼し、転回を開始して差し支えない事案であった……。……後方の安全を確認する注意義務を怠ったことは、本件事故と相当因果関係を有しない」。

◆ 柔道整復師事件／最決昭 63. 5. 11

事案： 医師資格のない柔道整復師甲が A から風邪気味であるとの診察治療依頼を受けて、熱が高くなれば雑菌を殺せると考え、A の熱を高め汗を流すこと等を指示したところ、A がこれを忠実に守り脱水症状を起こし肺炎を併発して死亡した。

決旨： 「誤った治療方法を繰り返し指示し、これに忠実に従った患者が病状を悪化させて死亡するに至った場合には、患者側に医師の診察治療を受けることなく右指示に従った落ち度があったとしても、右指示と患者の死亡との間には因果関係がある」と判示した。

◆ 夜間潜水事件／最決平 4. 12. 17／百選 I [12]

事案： 海中における夜間潜水の講習指導中、指導者甲は不用意に受講生 A らのそばから離れて同人らを見失うに至った。A らとともに沖に流された指導補助者は、海中ではぐれた場合は海上に浮上して待機するようにとの注意を受けていたにもかかわらず、甲を探し求めて沖に向かって水中移動を行い、A の圧縮空気タンク内の空気残圧量が少なくなっているのを確認したにもかかわらず、受講生らに水中移動を指示した。これに従った A が水中移動中に空気を使い果たして恐慌状態に陥り、自ら適切な措置をとることができないままに、溺死した。

決旨： 「右事実関係の下においては、甲が、夜間潜水の講習指導中、受講生らの動向に注意することなく不用意に移動して受講生らのそばから離れ、同人らを見失うに至った行為は、それ自体が、指導者からの適切な指示、誘導がなければ事態に適切した措置を講ずることができないおそれがあった A をして、海中で空気を使い果たし、ひいては適切な措置を講ずることもできないままに、でき死させる結果を引き起こしかねない危険性を持つもの」であり、実行行為性を認定した上で、「A を見失った後の指導補助者および被害者に適切を欠く行動があったことは否定できないが、それは甲の右行為から誘発されたものであって、甲の行為と A の死亡との間の因果関係を肯定するに妨げない」と判示した。

◆ 最決平 15. 7. 16／百選 I [13]

事案： X らは、A を公園（第 1 現場）に誘い出し、深夜約 2 時間にわたり、激しい暴行を繰り返したうえ、マンション居室（第 2 現場）に移動して、引き続き約 45 分間、同様の暴行を加え続けた。A は、X らが玄関の戸を開けて来訪者に対応していた際に、隙を見てマンション居室から逃走したが、逃走を開始してから約 10 分後、X らの追跡から逃れるため、マンションから約 800 メートル離れた高速道路に進入し、高速道路を走行する自動車に衝突され、後続の自動車に轢過されて死亡した。

第 1 審： 傷害罪成立（傷害致死罪不成立）。

「X らは、……逃走した A を追跡したもののすぐに見失い、引き続き付近を探索した、という事実は認められるけれども、それ以上に A を追跡したことは認められず、A がどのような経緯で事故現場となった高速道路に進入したか及びそのときの X らとの位置関係はどのようなものであったか本件では不明であって、……また、……A が本件第 2 現場から逃走した後の行き先については、現場の地理的な条件や A が逃走して探索されている状況下にあるという心理状態を考慮しても、選択の余地は多々あり、そういう状況の中で A が本件事故現場となった本件高速道路本線上へ進入するしかない或いはその蓋然性が高いといえるような事情は見出せず、X らの暴行から逃れる目的があったとしても、A が本件高速道路本線上へ進入することは、通常予想の範囲外といえる行動であったといえる」として、X らの暴行と A 死亡結果との因果関係を否定し、傷害罪の成立にとどめた。

控訴審： 破棄自判（傷害致死罪成立）。

「第2現場から轢過現場までの距離は経路のいかんにより約763メートルないし約810メートルであること、逃走開始から轢過されるまでの間が約10分という短時間であることに加え、AはXらに対し極度の恐怖感を抱いていたものと認められることにもかんがみると、AはXらの追跡を逃れる最も安全な方法として本件高速道路への立入りを即座に選択したと認めるのが相当である。そして、追跡する者が6名と複数人である上、2台の自動車を用いた徹底した追跡がなされるであろうことはAにとって自明であることはもとよりXらにとっても必然のものとして観念されていたと認められることに照らせば、このような選択がAの現に置かれた状況からみて、やむにやまれないものとして通常人の目からも異常なものとして評することはでき」ないとして、Xらの暴行とA死亡結果との因果関係を肯定、第1審判決を破棄し傷害致死罪の成立を肯定した。

上告審： 上告棄却。

「Aが逃走しようとして高速道路に進入したことは、それ自体極めて危険な行為であるというほかないが、Aは、Xらから長時間激しくかつ執拗な暴行を受け、Xらに対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とっさにそのような行動を選択したものと認められ、その行動が、Xらの暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったとはいえない」として、原審同様、Xらの暴行とA死亡結果との間の因果関係を肯定し、傷害致死罪の成立を肯定した。

◆ 最決平 16.2.17/H16 重判〔1〕

事案： 被告人が数人と共同の上、Aに暴行を加えて、多量の出血を来す頸部血管損傷等の傷害を負わせた後、Aは緊急の手術を受けていったんは容態が安定したが、事件の5日後に、頭部循環障害による脳機能障害により死亡したという事案である。なお、医師の指示に従わず安静に努めなかったため、治療の効果が減殺した可能性があった。

決旨： 当該事案においては、被告人らの行為によりAが受けた「傷害は、それ自体死亡の結果をもたらし得る身体の損傷であって、仮に被害者の死亡の結果発生までの間に、……被害者が医師の指示に従わず安静に努めなかったために治療の効果が上がらなかったという事情が介在していたとしても被告人らの暴行による傷害と被害者の死亡との間には因果関係がある」とした。

◆ 熊うち事件/最決昭 53.3.22/百選 I〔14〕

事案： 甲はAを熊と誤信して猟銃を発射し瀕死の重傷を負わせた。甲はAの苦悶の状況から同人を射殺して早く楽にさせた上逃走しようと決意し、さらに一発を発射しAを即死させた。

決旨： 判例は、明確な理論的立場の表明を避けつつ、結果として誤射行為と死との因果関係を否定した（業務上過失傷害罪と殺人罪との併合罪）。

◆ 最決平元. 12. 15/百選 I [4]

事案： 覚せい剤の注射によって錯乱状態となった13才の少女をホテルの客室に放置したところ、同女が死亡し、放置という不作為と結果との間の因果関係が問題となった。

決旨： 「直ちに被告人が救急医療を要請していれば、同女が年若く（当時13年）、生命力が旺盛で、特段の疾病がなかったことなどから、**十中八九同女の救命が可能であった**というのである。そうすると、**同女の救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められる**から、被告人がこのような措置をとることなく漫然同女をホテル客室に放置した行為と死亡した結果との間には、刑法上の因果関係があると認めるのが相当である」。

違法性

- ◆ 名古屋中郵便事件（最大判昭 52. 5. 4／百選 I [第 5 版] [16]）

事案： 公労法 17 条 1 項違反の争議行為に、争議行為の刑事免責にかかわる労組法 1 条 2 項が適用されるかどうか争われた。

判旨： 「およそ争議行為として行われたときは公労法 17 条に違反する行為であっても刑事上の違法性を帯びることがないと断定するのは相当でない。……刑罰は国家が科する最も峻厳な制裁であるからそれにふさわしい違法性の存在が要求されることは当然」としても、「その違法性の存否」は「それぞれの罰則と行為に即して検討されるべき」である。これに照らすなら、「公労法 17 条 1 項違反の争議行為についても労組法 1 条 2 項の適用があり、原則としてその刑事法上の違法性が阻却されるとした……東京中郵便事件判決は、変更を免れない」。
- ◆ 一厘事件（大判明 43. 10. 11）

事案： 当時価格約一厘にすぎない葉たばこ 1 枚を納入しなかったことが、専売法に違反し犯罪が成立するかどうか争われた。

判旨： 「零細なる反法行為は犯人に危険性ありと認むべき特殊の状況の下に執行せられたるものにあらざる限り共同生活上の観念に於て刑罰の下に法律の保護を要求すべき法益の侵害と認めざる以上は之に臨むに刑罰を以てし刑罰の制裁を加うるの必要な」し。
- ◆ 久留米駅事件（最大判昭 48. 4. 25／百選 I [16]）

事案： 国鉄労働組合門司地方本部は、年度末手当に関する要求実現のため、久留米駅において勤務時間内二時間の職場大会の実施を指令し、役員である被告人ら三名は、管理者たる久留米駅長の禁止を無視して信号所に立ち入った。これについて建造物侵入罪にあたるとして起訴された。

判旨： 「勤労者の組織的集団行動としての争議行為に際して行なわれた犯罪構成要件該当行為について刑法上の違法性阻却事由の有無を判断するにあたっては、その行為が争議行為に際して行なわれたものであるという事実をも含めて、当該行為の具体的状況その他諸般の事情を考慮に入れ、それが法秩序全体の見地から許容されるべきものであるか否かを判定しなければならない」と判示し、結論として、被告人ら三名の行為はいずれも刑法上の違法性を欠くものではないとした。
- ◆ マジックホン事件（最決昭 61. 6. 24／百選 I [17]）

マジックホンとは、それを付けた電話への通話が無料になる電気機器をいい、その機能を一度だけ試した行為（金 10 円相当の行為）が、偽計業務妨害罪等の違法性を有するかが争われた事案で、裁判所は「たとえ被告人がただ一回通話を試みただけで同機器を取り外した等の事情があったにせよ、それ故に、行為の違法性が否定されるものではない」と判示した。
- ◆ 三井三友炭坑事件（最判昭 31. 12. 11）

事案： 組合の婦人部長が、争議中会社側に寝返って炭車を動かそうとした一部組合員の行動に憤激し、炭車線路上に坐り込み、「ここを通るなら自分達を轢き殺して通れ」と怒鳴って炭車の運転を阻止した行為が威力業務妨害罪に問われた。

判旨： 諸事情を考慮して「かかる状況のもとに行われた被告人の行為は未だ違法に刑法 234 条にいう威力を用いて人の業務を妨害したものというに足りず」として無罪判決をした。
- ◆ 最判昭 50. 4. 3

私人による現行犯逮捕行為について、「その際の状況からみて社会通念上逮捕のために必要かつ相当であると認められる限度内の實力を行使することが許され、たとえその實力の行使が刑罰法令に触れることがあっても、刑法 35 条によって罰せられないものと解すべきである。」と判示した。

なお、後者に関連して、通例正当行為（社会的相当行為）の一類型とされている労働争議行為は権利行為としても構成される（憲 28、労組 7）。解釈論上大きな違いもないようにみえるが、権利行為とした場合には一般的に強度の適法性の推定が働くことに注意すべきである。

ただし、外形上権利の行使であっても、権利を濫用するときは違法性は阻却されない。

- ◆ 大判昭 5. 2. 7
 弁護人がその職責を果たすにあたって、業務上知りえた人の秘密を漏泄した事案において、正当業務行為であることを肯定した。
- ◆ 最判昭 33. 4. 10
 新聞紙に他人の名誉を毀損する記事を掲載した事案において、正当業務行為であることを否定した。
- ◆ 外務省機密漏えい事件（最決昭 53. 5. 31／百選 I [18]）
 最高裁は、違法性阻却の原理について目的説にたち、「報道機関が公務員に対して根気強く執拗に説得ないし要請を続けることは、それが真に報道の目的から出たものであり、その手段・方法が法秩序全体の精神に照らし相当なものとして社会通念上は認められるものである限りは、実質的に違法性を欠き正当な業務行為」となるとした。なお、本件では情報入手に際して情交関係を利用した点で手段が不当だとして、正当化は認められなかった。
- ◆ 最決昭 55. 11. 13／百選 I [22]
 事案： 甲Aが共謀して、保険金騙取等を目的として甲運転の自動車をA運転の自動車に衝突させてAに傷害を負わせたことに対し、甲に傷害罪が成立するかどうか争われた。
 決旨： 「被害者自身が身体傷害を承諾した場合に、傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体障害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合わせて決すべきものである……（承諾が）違法な目的に利用するために得られた（場合は）……当該傷害行為の違法性を阻却するものではない」。
- ◆ 福岡高判平 22. 9. 16
 爪切り用ニッパーで指先よりも深く爪を切除し、本来、爪によって保護されている爪床部分を露出させて皮膚の一部である爪床を無防備な状態にさらしたのは、傷害行為に当たり、傷害の故意もあるので、傷害罪の構成要件に該当する。しかし、看護目的でなされ、看護行為として必要性があり、手段、方法も相当といえる範囲を逸脱するものではないから、正当業務行為として違法性が阻却される。
- ◆ 名古屋高判昭 37. 12. 22
 父親を病苦から免れさせるために、牛乳に殺虫剤を混入させ父親を中毒死させた事案において、判決は、以下の要件を満たす場合は違法でないとした（もっとも、本件では⑤および⑥の要件が欠けるとして、違法性の阻却を認めず、嘱託殺人罪が成立するとした）。
 - ① 病者が現代医学の知識と技術からみて不治の病に冒され、しかもその死が目前に迫っていること
 - ② 病者の苦痛がはなはだしく、何人もこれを見るに忍びない程度であること
 - ③ もっぱら病者の死苦の緩和の目的でなされたこと
 - ④ 病者の意識がなお明瞭であって意思を表明できる場合には、本人の真摯な嘱託または承諾のあること
 - ⑤ 医師の手によることを本則とし、これによりえない場合には医師によりえないと首肯するに足る特別な事情があること
 - ⑥ その方法が倫理的にも妥当なものであるとして許容できるものであること

◆ 横浜地判平 7.3.28/百選 I [20]

家族の懇請に応じた医師が多発性骨髄腫の末期患者に塩化カリウムを注射して死亡させたという事案（東海大学安楽死事件）において、判決は、以下の要件を満たせば違法でないとした（もっとも、本件では、患者は意識を失って疼痛反応もなく、肉体的苦痛を感じる状態にはなく、安楽死を要請する本人の意思表示もなかったとして、殺人罪の成立を認めた）。

- ① 患者に耐えがたい激しい肉体的苦痛が存在すること
- ② 患者について死が避けられず、かつ死期が迫っていること
- ③ 患者の肉体的苦痛を除去・緩和するために方法を尽くし他に代替的手段がないこと
- ④ 生命の短縮を承諾する明示の意思表示があること

◆ 最決平 21.12.7/百選 I [21]

事案： 被害者は、気管支ぜん息の重積発作に起因し、こん睡状態に陥り緊急入院した患者であるが、その主治医 X は、被害者の家族からの要請を受け、緊急入院から 2 週間後、気道確保目的で挿入されていた気管内チューブを抜き取った。もっとも、余命等を判断するために必要とされる脳波等の検査は実施されていなかった。X 及び被害者の家族の予想に反し、本件抜管行為によって被害者は苦悶様呼吸を始めたため、X は鎮静剤の投与を試みるも、奏功しなかった。そこで、X は被害者に筋弛緩剤を投与し、窒息死させた。X は、殺人罪として起訴された。

決旨： 「気管内チューブの抜管行為の違法性」に関し、「本件抜管時まで、同人の余命等を判断するために必要とされる脳波等の検査は実施されておらず、発症からいまだ 2 週間の時点でもあり、その回復可能性や余命についての確かな判断を下せる状況にはなかったものと認められる。そして、被害者は、本件時、こん睡状態にあったものであるところ、本件気管内チューブの抜管は、被害者の回復をあきらめた家族からの要請に基づき行われたものであるが、その要請は……被害者の病状等について適切な情報が伝えられた上でされたものではなく、上記抜管行為が被害者の推定的意思に基づくということもできない。以上によれば、上記抜管行為は、法律上許容される治療中止には当たらない」旨判示した。本決定は、殺人罪として有罪とした原審を支持し、上告を棄却した。

◆ 最決平 6.6.30

事案： 被害者を含む中学生 7 人が高校生 X に対して金員を奪い取る目的で暴行を加えたのに対して、X が所持のナイフで被害者の左胸部を突き刺し、失血死させた。

決旨： （盗犯等防止法 1 条 1 項の）「正当防衛が成立するについては、当該行為が形式的に規定上の要件を満たすだけでなく、現在の危難を排除する手段として相当性を有するものであることが必要である。そして、ここにいう相当性とは、同条項が刑法 36 条 1 項と異なり、防衛の目的を生命、身体、貞操に対する危難の排除に限定し、また、現在の危険を排除するための殺傷を法 1 条 1 項各号に規定する場合に限定するとともに、それが『やむを得ずにした行為』であることを要件としていないことにかんがみると、刑法 36 条 1 項における侵害に対する防衛手段としての相当性よりも緩やかなものを意味すると解するのが相当である。」として、(2)(b)説に立つことを明らかにした。

◆ 最判平元.11.13/百選 I [25]

事案： X は、空き地にダンプカーを止めようとした A（当時 39 歳）から、自己が付近の道路に駐車していた貨物自動車を移動させるように言われたことから A とトラブルになった。そして、A が X に対し「お前、殴られたいのか。」と言って手拳を前に突き出し、足を蹴り上げる動作をしながら近づいて来たので、X は、年齢も若く体格にも優れた A から本当に殴られると思って怖くなり、後ずさりしたが、A がさらに目前まで追ってきたので、その場から逃げ出そうとした。その際 X は、自車に菜切包丁が置いてあるのを思い出し、A からの危害を免れようと考え、自車から刃体の長さ約 17.7 センチメートルの菜切包丁を取り出し、腰のあたりに構えたうえ、A に対して「殴れるのなら殴ってみい。」と言い、これに動じず近づ

いてきたAに対して、さらに「切られたいんか。」と申し向けた。Xは、①暴力行為等処罰ニ関スル法律1条の示凶器脅迫罪、及び②銃砲刀剣類所持等取締法22条の刃物不法所持罪で起訴された。

一審は、Xが包丁を取り出すまでは素手であったことを強調して急迫不正の侵害そのものを否定し、控訴審は、同じくXが包丁を取り出すまでは素手であったことを強調して防衛行為の相当性を否定し、**法律構成は異なるが、ともに、いわゆる武器対等の原則によって、正当防衛の成立を否定した。**

判旨： 破棄自判。

i 示凶器脅迫罪について

「Xは、**年齢も若く体力にも優れたAから、『お前、殴られたいのか。』**と言って手拳を前に突き出し、足を蹴り上げる動作を示されながら近づかれ、さらに後ずさりするのを追いかけて目前に迫られたため、その接近を防ぎ、同人からの危害を免れるため、やむなく本件菜切包丁を手にとったうえ腰のあたりに構え、『切られたいんか。』などと言ったというものであって、**Aからの危害を避けるための防御的な行動に終始していたものであるから、その行為をもって防衛手段としての相当性の範囲を超えたものということではできない**」として、**防衛行為の相当性を肯定し、正当防衛の成立を認め、Xを無罪とした。**

ii 刃物不法携帯罪について

被告人が菜切包丁を携帯した行為は、「**Aの急迫不正の侵害に対する正当防衛行為の一部を構成し、併せてその違法性を阻却されるものと解するのが相当であるから、銃砲刀剣類所持等取締法22条違反の罪は成立しないというべきである**」。

◆ 最判平21.7.16/H21 重判〔1〕

事案： 被告人は、被害者らが被告人方（本件建物）壁面に立ち入り禁止の看板を設置しようとするのを阻止するため、被害者の胸部等を両手で約10回にわたり突く暴行を加えて被害者を転倒させた。なお、被告人は、当時74歳・身長約149cm・要介護認定1の女性であり、被害者は、当時48歳・身長約175cmの男性であり、当時、被告人と被害者勤務の不動産会社との間には、本件建物の使用方法等をめぐる民事上の紛争が存在していた。1審は、転倒の結果の傷害を認定して傷害罪としたが、2審は、暴行の事実のみを認定して暴行罪としたところ、弁護人は、仮に暴行があったとしても正当防衛であると主張して上告した。

判旨： 「（被害者らの行為）は、（被告人）らの本件建物に対する……共有持分権、賃借権等を侵害するとともに、（被告人らが本件建物を事務所として営んでいた）宅建の業務を妨害し、（被告人）らの名誉を侵害するものといわなければならない。そして、……であるから、本件暴行の際、（被害者）らはなおも本件看板を本件建物に取り付けようとしていたものと認められ、その行為は、（被告人）らの上記権利や業務、名誉に対する急迫不正の侵害に当たるといふべきである。

そして、……のであるから、（被害者）らによる上記侵害から（被告人）らの上記権利等を防衛するために本件暴行を行ったものと認められる。

さらに、（被害者）らは、……するなど、本件以前から継続的に（被告人）らの本件建物に対する権利等を実力で妨害する行為を繰り返しており、本件における上記の不正な侵害はその一環をなすものである。一方、……体格差があることや、……からすれば、本件暴行の程度は軽微なものであったというべきである。そうすると、本件暴行は、（被告人）らの主として財産的権利を防衛するために（被害者）の身体の安全を侵害したものであることを考慮しても、いまだ、（被害者）らによる上記侵害に対する防衛手段としての相当性の範囲を超えたものということとはできない。」として被告人を無罪とした。

◆ 大判昭 12. 11. 6 / 判例刑法総論 [137]

事案： 甲が猟犬（価格 600 円相当）を連れてA方の前を通りかかったところ、A所有の番犬（価格 150 円相当）が甲の猟犬を咬み伏せたため、甲は携帯していた猟銃でAの番犬を狙撃した。

判旨： 甲の行為は「その所有猟犬に対する現在の危難を避くる為已むことを得ざるに出たるものと認めざるを得ず」として、甲に緊急避難を認めた。

◆ 最判昭 46. 11. 16

「相手方の加害行為に対し憤慨または逆上して反撃を加えたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではな」く、「かねてから被告人がAに対し憎悪の念をもち攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出たなどの特別な事情が認められないかぎり、被告人の反撃行為は防衛の意思をもってなされたものと認めるのが相当」である。

◆ 最決昭 52. 7. 21 / 百選 I [23]

本判決は、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても直ちに侵害の急迫性が失われるわけではないが、積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、侵害の急迫性を欠く、とした。

◆ 最決平 29. 4. 26（急迫性の判断要素）

刑法 36 条は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものである。したがって、行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件については、侵害を予期していたことから、直ちにこれが失われると解すべきではなく（最高裁昭和 45 年（あ）第 2563 号同 46 年 11 月 16 日第三小法廷判決・刑集 25 卷 8 号 996 頁参照）、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきである。具体的には、事案に応じ、行為者と相手方との従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に出向く必要性、侵

害場所にとどまる相当性、対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の内容意思等を考慮し、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだとき（最高裁昭和51年（あ）第671号同52年7月21日第一小法廷決定・刑集31巻4号747頁参照）など、前記のような刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである。

◆ 大判大 3.9.25

判例は「不正の行為に因り自ら侵害を受くるに至りたる場合においても仍ほ正当防衛権を行使するを妨げず」として、**自招侵害の場合でも正当防衛の成立する場合があることを認める。**

◆ 最決平 20.5.20/百選 I [26]

事案： Xが、言い争いになったAの左頬を殴打し、走って立ち去ったところ、Aが自転車で追いかけて、現場から約26.5m先を左折して、約60m進んだ歩道上でXを殴打した。これに対してXが、携帯していた特殊警棒でAの顔面や左手を殴打して傷害を負わせた。自招侵害に対する正当防衛の成否が争点となった。

決旨： Xは、「Aから攻撃されるに先立ち、Aに対して暴行を加えているのであって、Aの攻撃は、Xの暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、Xは不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、Aの攻撃がXの前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、Xの本件傷害行為は、Xにおいて何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである」と判示して、**正当防衛の成立を否定した。**

◆ 最決平 20.6.25/百選 I [27]

事案： 被害者にいきなり殴りかかれた被告人は、反撃として顔面を殴打したところ（第1暴行）、転倒して後頭部を地面に打ち付け仰向けに倒れたまま動かなくなった被害者に対して、その状況を認識しながら腹部を足蹴にしたり腹部に膝蹴りを落とし（第2暴行）、6時間余り後に被害者はクモ膜下出血により死亡したが、死亡の原因となる傷害は第1暴行によって生じたものであった。1審は、傷害致死罪の成立を認めて過剰防衛としたが、2審（原審）は、**第1暴行を正当防衛とし第2暴行を過剰防衛となる余地はないとして傷害罪とした。**

決旨： 「（第1暴行と第2暴行の）その間には断絶があるというべきであって、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められない。そうすると、**両暴行を全体的に考察して、1個の過剰防衛の成立を認めるのは相当でなく、正当防衛にあたる第1暴行については、罪に問う**

ことはできないが、第2暴行については、正当防衛はもとより過剰防衛を論ずる余地もないのであって、これにより（被害者に）負わせた傷害につき、被告人は傷害罪の責任を負うというべきである」。

◆ 最決平 21. 2. 24 / H21 重判 [2]

事案： 被告人は、拘置所内で、同室の被害者が机を押し倒してきたことに対する反撃として机を押し返し（第1暴行）、その机にあたって押し倒された被害者の顔面を手拳で数回殴打し（第2暴行）、被害者に加療約3週間を要する左中指への傷害を負わせた。原審は、傷害と直接の因果関係を有するのは第1暴行のみであるとしたうえで、第1暴行と第2暴行は、分断して評価すべきではなく、全体として1個の過剰防衛が成立し、第1暴行を単独で評価すれば防衛行為として相当といえることは、酌むべき情状にすぎないとして、傷害罪の成立を認めた。弁護人は、傷害結果は違法性のない第1暴行によるものであるから正当防衛が成立し、第2暴行による暴行罪が成立するにすぎないとして上告した。

判旨： 「被告人が被害者に対して加えた暴行は、**急迫不正の侵害に対する一連一体のものであり、同一の防衛の意思に基づく1個の行為と認めることができるから、全体的に考察して1個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認めるのが相当であり、所論指摘の点は、有利な情状として考慮すれば足りる**」として、原審の判断を支持した。

◆ 大判大 13. 12. 12 / 百選 I [32]

事案： 自動車運転者が荷車とすれ違おうとした際、荷車の背後に注意を払わず速度を出していたため、荷車の陰から突然飛び出した少年を避けようとして歩行中の同人の祖母に衝突して死亡させた。

判旨： 「刑法 37 条に於いて緊急避難として刑罰の責任を科さざる行為を規定したのは、公平正義の観念に立脚し他人の正当なる利益を侵害して尚自己の利益を保つことを得せしめんとするに在れば、同条は其の危難は行為者が其の有責行為に因り自ら招きたるものにして社会の通念に照らし已むを得ざるものとして其の避難行為を是認する能わざる場合に之を適用することを得ざるもの」とした。

◆ 名古屋高金沢支判昭 32. 10. 29

事案： 一時停止をせずに踏切内に入し、電車との衝突を避けるために遮断棒に自車をぶつけ、その棒が歩行者にあたって傷を負わせた行為について、緊急避難が成立するかが問題となった。

判旨： 「当該危難が避難行為者の不注意に因って招来されたものであり、正義衡平の観念上正対正の利益衡量的問題として取り扱うべきでないと考えられるような場合にまで、その適用範囲を拡大すべき」ではないとして、緊急避難の成立を否定した。

◆ 大阪高判平 10.6.24

事案： Xは、暴力団組長Kに連行され、数日間にわたり、組事務所や付近のマンションに監禁された。その間Xは、骨折で痛めた左足首を蹴り付けられるなどの暴行をKらから断続的に受けた。そこでXは、組事務所に放火しその騒ぎの隙をついて逃げようと考え、5戸1棟の木造住宅の一室である右事務所に放火し、同室を焼損した。

判旨： 「刑法 37 条 1 項に規定する『やむを得ずにした行為』とは、『当該避難行為をする以外には他に方法がなく、かかる行動に出たことが条理上肯定しうる場合を意味する』と解するのが相当である」ところ、Xは組事務所表出入口の門鍵を外して逃走し、あるいは裏口から逃走することも不可能ではなかったと認められるから、放火する以外に他に方法がなかったといえず、さらに、せいぜい左足首を蹴られる程度の暴行を避けるために危険な態様の放火行為により公共の安全を現実犠牲にすることは条理上も是認できないから、本件行為は「やむを得ずにした行為」とは認められない。

「過剰避難の規定における『その程度を超えた行為』とは、『やむを得ずにした行為』としての要件を備えながらも、その行為により生じた害が避けようとした害を超えた場合をいうものと解するのが緊急避難の趣旨及び文理に照らして自然な解釈であって、当該避難行為が『やむを得ずにした行為』に該当することが過剰避難の規定の適用の前提であると解すべきである（もっとも、『やむを得ずにした行為』としての実質を有しながら、行為の際に適正さを欠いたために、害を避けるのに必要な限度を超える害を生ぜしめた場合にも過剰避難の成立を認める余地はあると考えられる。）」

◆ 大阪高判平 14.9.4/百選 I [28]

事案： 被告人と甲はA等から木刀で殴りかかられた。被告人は、Aと木刀を取り合っていた甲を助けるため、さきに逃げ込んだ自転車を急後退したところ、甲を轢いてしまい甲を死亡させてしまった。1審はAに対する暴行罪のほかに甲に対する傷害致死罪の成立を認めた。

判旨： 「被告人が本件車両を急後退させる行為は正当防衛であると認められることを前提とすると、その防衛行為の結果、全く意図していなかった甲に本件車両を衝突・轢過させてしまった行為について、どのように考えるべきか問題になる。不正の侵害を全く行っていない甲に対する侵害を客観的に正当防衛だとするのは妥当でなく、また、たまたま意外な甲に衝突し轢過した行為は客観的に緊急行為性を欠く行為であり、しかも避難に向けられたとはいえないから緊急避難だとするのも相当でないが、被告人が主観的には正当防衛だと認識して行為している以上、甲に本件車両を衝突させ轢過してしまった行為については、故意非難を向け得る主観的事情は存在しないというべきであるから、いわゆる誤想防衛の一種として、過失責任を問い得ることは格別、故意責任を肯定することはできないというべきである」。

◆ 大判昭 16. 5. 12

「自救行為の如きは各個人自ら権利の救済を実力に訴え実現せんとするものにして、其の弊甚しく、整然たる現時の国家形態に於て到底許容せらるべき権利保護の方法に非ず。固より法は正当防衛、緊急避難等之を許容せる場合ありと雖、是全く緊急已むを得ざる特殊例外の場合に属し、法は其の要件を極めて厳格に規定す。漫りに明文を有せざる自救行為の如きにおよぼすべきものに非ず」とし、自救行為を認めるべきでないとした。

◆ 最判昭 30. 11. 11 / 百選 I [19]

事案： 自己の店を増築する必要上、自己の借地内につき出ていたA所有の家屋の玄関の軒先をその承諾なしに切り取る行為につき、自救行為が認められるかが争われた。

判旨： 最高裁は、自救行為は認められないとした原審の判断を支持した。なお、原審（札幌高裁）は以下のように判示している。「正当防衛又は緊急避難の要件を具備する場合は格別、漫りに明文のない自救行為の如きは許されるべきものではない……。増築は倒産の危機を突破するためやむなくなしたものでありAの損害は僅少で増築による被告人の受ける利益は多大であるというが如きは未だ法の保護を求めるとまがなく且即時にこれを為すに非ざれば請求権の実現を不可能若しくは著しく困難にする虞がある場合に該当するとは認めることはできない、それゆえ、法律上の手続によらず自らの実力行使に出たる被告人の行為は違法という外」はない。

有責性

◆ 最決昭 56.12.21

事案： 甲は乙と、A方に向向いた際に喧嘩などの事態になればAの殺害もやむを得ないと
の殺人の共謀を遂げ、現実に実行に着手すべきか否かについては現場に赴く乙の状況
判断に委ねたところ、乙がAを殺害した。

決旨： 「謀議された計画の内容においては被害者の殺害を一定の事態の発生にかからせて
いたとしても、そのような殺害計画を遂行しようとする被告人（甲）の意思そのもの
は確定的であったのであり、被告人は被害者の殺害の結果を許容していたのであるか
ら、被告人の故意の成立に欠けるところはない」と判示した。

◆ 最判昭 53.7.28／百選 I [42]

事案： 甲が、警察官Aを殺して拳銃を奪うつもりで、びょう打ち銃でAを狙って撃ったと
ころ、Aに傷を負わせたうえで、Bにも傷を負わせた。

判旨： 「犯罪の故意があるとするには、罪となるべき事実の認識を必要とするものである
が、犯人が認識した罪となるべき事実と現実に発生した事実とが必ずしも具体的に一
致することを要するものではなく、両者が法定の範囲内において一致することをもっ
て足りるものと解すべきである……から、人を殺す意思のもとに殺害行為に出た以上、
犯人の認識しなかった人に対してその結果が発生した場合にも、右の結果について殺
人の故意があるものというべきであり、また、「被告人のAに対する所為について
はもちろんのこと、Bに対する所為についても強盗殺人未遂罪が成立するというべき
である」として、抽象的法定符合説の数故意説にたっている。

◆ 最決昭 54.3.27

事案： 麻薬を覚せい剤と誤認して輸入した。

決旨： 麻薬輸入罪と覚せい剤輸入罪については、「両罪の構成要件は実質的に全く重なり
合っているものとみるのが相当であるから、麻薬を覚せい剤と誤認した錯誤は、生じ
た結果である麻薬輸入罪についての故意を阻却するものではない」と判示し、法定刑
が同一であることも考慮して、麻薬輸入罪の成立を認めた。

◆ 最決昭 61.6.9／百選 I [43]

事案： 覚せい剤を麻薬と誤認して所持した。

決旨： 上記最決昭 54.3.27 の立場を踏襲し、「この場合、両罪の構成要件は、軽い前者の
罪の限度において、実質的に重なり合っているものと解するのが相当である」として、
軽い麻薬所持罪の成立を認めた。

◆ 最決平 2.2.9／百選 I [40]

事案： Xは覚せい剤を日本に持ち込んだが、その際その物が「覚せい剤」であるという具
体的認識はなく、「少なくとも、それが、日本に持ち込むことを禁止されている違法

な薬物である」との認識しかなかった。このようなXに覚せい剤取締法違反罪の故意が認められるかが争われた。

決旨： 「被告人は、本件物件を密輸入して所持した際、覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識があったというのであるから、覚せい剤かもしれないし、その他の身体に有害で違法な薬物かもしれないとの認識はあったことに帰することになる。そうすると、覚せい剤輸入罪、同所持罪の故意に欠けるところはない」。

◆ 東京地判平 3. 12. 19

事案： シンナー吸入目的所持罪の故意が成立するためには、「トルエン含有シンナー」の認識まで必要かが問題となった。

判旨： 「故意の成立を認めるには、その事実を認識していることが、当該行為が違法であり、してはならない行為であると認識する契機となりうるが必要であり、また、それで十分であるというべきである。そこで、トルエンを含有するシンナーについていえば、トルエンという劇物の名称を知らなくとも、身体に有害で違法な薬物を含有するシンナーであるとの確定的又は未必的な認識があれば、足りる」。

もっとも、「X（被告人）は、過去の経験から、トルエンを含有しないシンナーを吸引し、又はその目的で所持していても、犯罪にならないことを知っていたというのであるから、当該シンナーにはトルエンが含有していないと思っていたとすれば、右の認識を欠き、故意がないことにな」る。

◆ 大判大 12. 4. 30／百選 I [15]

事案： Aの首を絞め、Aが既に死んだものと誤信し、犯行の発覚を防ぐ目的で十数町離れた砂浜に放置したところ、Aが砂末を吸引し死亡した。

判旨： 被告の殺害の目的を以て為したる行為の後、被告がAを既に死せるものと思惟して犯行発覚を防ぐ目的を以て海岸に運び去り、砂上に放置したる行為ありたるものにして此の行為なきに於ては砂末吸引を惹起すことなきはもろんなれども、本来前示の如き殺人の目的を以て為したる行為なきに於ては、犯行発覚を防ぐ目的を以てする砂上の放置行為も亦発生せざりしことは勿論にして、これを社会生活上の普通観念に照し被告の殺害の目的を以て為したる行為とAの死との間に原因結果の関係あることを認むるを正当とすべく、被告の誤認により死体遺棄の目的に出たる行為は毫も前記の因果関係を遮断するものに非ざるを以て被告の行為は……殺人罪を構成するものと謂うべく、此の場合には殺人未遂罪と過失致死罪の併存を認むべきものに非ず。

◆ 横浜地判昭 58. 7. 20

事案： 自宅を燃やして焼身自殺を遂げようとした者が、室内にガソリンを撒いた後、死ぬ前にタバコを吸おうとしてライターで点火したところ、ガソリンに引火し、火災に至った。

判旨： 「被告人はガソリンを撒布することによって放火について企図したところの大半を終えたものといつてよく、この段階において法益の侵害即ち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」として、ガソリン撒布の段階で放火未遂の成立を肯定した上、「前記の状況でライターを点火すれば引火するであろうことは一般人に容易に理解されるところであつて予想し得ないような事柄で

はなく、被告人はライターを点火する時に本件家屋を焼燬する意思を翻したわけでもないから、右のような経緯で引火したことにより本件の結果が生じたからといって因果関係が否定されるものではなく、被告人は放火既遂罪の刑責を免れない。」と判示している。

◆ 早すぎた結果発生（最決平 16. 3. 22／百選 I [64]）

「クロロホルムを吸引させて失神させた被害者を自動車ごと海中に転落させてでき死させようとした場合において、クロロホルムを吸引させて失神させる行為が自動車ごと海中に転落させる行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠であり、失神させることに成功すれば、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など判示の事実関係の下では、クロロホルムを吸引させる行為を開始した時点で殺人罪の実行の着手があったと認められる」。

「クロロホルムを吸引させて被害者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、その目的を遂げた場合には、犯人の認識と異なり、海中に転落させる前の時点でクロロホルムを吸引させる行為により被害者が死亡していたとしても、**殺人の故意に欠けるところはなく、殺人の既遂となる**」。

◆ チャタレー事件（最大判昭 32. 3. 13／百選 I [47]）

事案： 出版社社長甲は、「チャタレイ婦人の恋人」の翻訳出版を企画し、その内容に性的描写記述があることを知っているにもかかわらず、これを出版した。かかる甲に、
「わいせつ」（175）性の認識があったかどうか争われた。

判旨： 「刑法 175 条の罪における犯意の成立については問題となる記載の存在の認識とこれを頒布販売することの認識があれば足り、かかる記載のある文書が同条所定の**猥褻性を具備するかどうかの認識まで必要としているものではない**。かりに主観的には刑法 175 条の猥褻文書にあたらぬものと信じてある文書を販売しても、それが客観的に猥褻性を有するならば、**法律の錯誤として犯意を阻却しないもの**といわなければならない」。

◆ 大判昭 8. 6. 29

誤想防衛の事案において、「其の行為が或は法令に因り或は其の他法律上犯罪の成立を阻却すべき客観的原因に基づく場合なりとせば違法ならしめるざるが故に罪とならざるは勿論にして、又斯かる客観的の事実の現在すること無しとするも行為者が其の存在することを誤信したる場合に於ては犯意ありと為すを得ず」と判示し、故意を阻却するという立場をとった。

◆ 広島高判昭 35. 6. 9

「本件行為は、錯誤により犯罪の消極的構成要件事実即ち正当防衛を認識したもので故意の内容たる犯罪事実の認識を欠くことになり従って犯意の成立が阻却される」。

◆ 大阪地判平 23. 7. 22

被告人は、被害者ともみあいになった挙句、被害者の首を締めつけ、窒息死させているが、被告人にかかる認識はなく、被害者の動きを封じようとする認識にとどまっていた。このような認識事実を基礎とし、事件当時被告人が置かれていた状況等を考慮すれば、被告人の認識上、当該行為は、防衛行為として許容範囲を超えておらず、相当性を有する。

よって、被告人は、防衛行為の過剰性を基礎づける事実を誤認したといえるので、誤想防衛にあたる。

◆ 最決昭 62. 3. 26／百選 I [29]

事案： 空手三段の被告人が、A女がB男から暴行を受けているものと誤信し、A女を助けようと二人の間に割って入ったところ、B男が防御のため両こぶしを胸のあたりに上げたのを自分に殴り掛かってくるものと思い、自分とA女の身体を防衛しようととっさに空手技の回し蹴りをB男の顔面付近に当て死亡させた。

決旨： 「本件回し蹴り行為は、被告人が誤信したB男による急迫不正の侵害に対する防衛手段として相当性を逸脱していることが明らかであるとし、被告人の所為について傷害致死罪が成立し、いわゆる誤想過剰防衛に当たるとして刑法 36 条 2 項により刑を減輕した原判断は、正当である」。

◆ 最判昭 24. 4. 5／百選 I [第 6 版] [27]

事案： 甲はAが棒様のものを手にして打ちかかってきたため、自分の身体を防禦するため、その場にあった斧を斧とは気付かず何か棒様のものと思いこれを手にして 74 歳のAに頭部乱打の反撃を加えたが、興奮のため防衛の程度を越し、Aを死亡させた。原審は、甲の行為は過剰防衛であると判示した。これに対して、弁護人は、甲は過剰の事実を認識していなかったのであるから、誤想防衛であり無罪だとして上告した。

判旨： 「原審は斧とは気付かず棒様のものと思ったと認定しただけでただの木の棒と思ったと認定したのではない。斧はただの木の棒とは比べものにならない重量のあるものだからいくら昂奮して居たからといってもこれを手に持って殴打する為め振り上げればそれ相応の重量は手に感じる筈である。……（Aが）棒を持って打ってかかって来たののに対し斧だけの重量のある棒様のもので……乱打した事実はたとえ斧とは気付かなかったとしてもこれを以て過剰防衛と認めることは違法とはいえない」。

◆ 百円紙幣模造事件（最決昭 62. 7. 16／百選 I [48]）

事案： 甲は、飲食店宣伝のため、百円紙幣とほぼ同デザインのサービス券を印刷させ、百円紙幣に紛らわしい外観を有するものを作成した。甲は、作成前に、製版所側からこれではまずいのではないかなどといわれたため、警察署に赴き、相談したところ、紙幣と紛らわしい外観を有するサービス券とならないよう助言を受けた。しかし、甲は警察官の態度が好意的なことから、その助言を重大視せず、作成に及んだ。その後、できあがったサービス券を同警察署で配布したが、格別の注意も受けなかったため、ますます安心し、さらに同種のサービス券を作成した。

決旨： 「このような事実関係の下においては、被告人甲が……違法性の意識を欠いていたとしても、それにつき相当の理由がある場合には当たらないとした原判決の判断は、これ

を是認することができるから、この際、行為の違法性の意識を欠くにつき相当の理由があれば犯罪は成立しないとの見解の採否についての立ち入った検討をまつまでもなく、本件各行為を有罪とした原判決の判断に誤りはない」。

◆ むささび・もま事件（大判大 13. 4. 25）

事案： 狩猟法は「むささび」の捕獲を禁止しているが、「もま」と俗称されている動物が「むささび」であることを知らずに捕獲した。

＜むささび・もま事件の客観・主観のズレ＞



判旨： 「むささびと『もま』とは同一物であるに拘らず、単に其の同一なることを知らず『もま』は之を捕獲するも罪にならずと信じて捕獲したるにすぎざる場合に於いては法律を以て捕獲を禁じたるむささびすなわち『もま』を、『もま』と知りて捕獲したるものにして犯罪構成に必要な事実の認識に何等の欠缺あることなく唯其の行為の違法なることを知らざるに止まる」ものとした。

◆ たぬき・むじな事件（大判大 14. 6. 9 / 百選 I [45]）

事案： 甲は、狩猟禁止期間中に、十文字の斑点を有し、その地方では十文字貉と呼ばれていた獣を捕獲した。甲は、狸と貉とは別個のものであって、貉は捕獲を禁止された狸ではないと誤信していたが、学問的見地からは同一物であり、甲が捕獲したのは捕獲を禁止されている狸であった。

＜たぬき・むじな事件の客観・主観のズレ＞



判旨： 「学問上の見地よりするときは貉は狸と同一物なりとするも、斯の如きは動物学上の知識を有する者にして甫めて之を知ることを得べく、却て狸、貉の名称は、古来並存し、我国の習俗亦此の二者を区別し、毫も怪しまざる所なるを以て、狩猟法中に於て狸なる名称中には貉をも包含することを明にし、国民をして適帰する所を知らしむるの注意を取るを当然とすべく、単に狸たる名称を掲げて其の内に当然貉をも包含せしめ、我国古来の習俗上の観念に従い貉を以て狸と別物なりと思惟し之を捕獲したる者に対し、刑罰の制裁を以て之を臨むが如きは決して其の当を得たるものと謂うを得ず。故に本件の場合に於ては、法律に捕獲を禁止する狸なるの認識を欠缺したる被告人に対しては、犯意を阻却するものとして其の行為を不問に付するは固より当然なりと謂わざるべからず」。

◆ 特殊浴場無許可営業事件（最判平元. 7. 18 / 百選 I [46]）

事案： 会社代表者が、実父の特殊公衆浴場を会社形式で引き継いで営業中、県の係官の教示によって、営業許可申請者を実父から会社に変更する旨の営業許可申請事項変更届けを県に提出したところ、それが受理された旨の連絡を受けたため、会社に対する営業許可があったものと認識して営業を続けていた（実際は、当該地域では新規許可は許されず、また、営業の譲渡・相続の場合には、新規許可が必要であったので、変更そのものが不可能であった）。

判旨： 最高裁は「（本件事案の下では）被告人が変更届受理によって被告会社に対する営業許可があったとの認識のもとに本件浴場の経営を担当していたことは明らかであるというべきである」と判示し、無許可営業罪の故意がないので無許可営業罪は成立しないとした。

◆ 最判昭 26. 8. 17/百選 I [44]

事案： 被告人は、無鑑札の犬は他人の飼い犬であっても無主犬とみなされると信じ、この犬を撲殺した。このような場合に器物損壊罪（261）の故意が認められるか争いになった。

判旨： 「飼犬取締規則第 1 条には飼犬証票なく且つ飼主分明ならざる犬は無主犬と看做す旨の規定があるが……同規則においても私人が擅に前記無主犬と看做される犬を撲殺することを容認していたものではないが……被告人は鑑札をつけていない犬はたとい他人の飼犬であっても直ちに無主犬と看做されるものと誤信していたというのであるから……被告人は右錯誤の結果判示の犬が他人所有に属する事実について認識を欠いていたものと認むべき場合であったかもしれない。されば原判決が被告人の判示の犬が他人の飼犬であることは判っていた旨の供述をもって直ちに被告人は判示の犬が他人の所有に属することを認識しており本件について犯意があったものと断定したことは結局刑法 38 条 1 項の解釈適用を誤った結果犯意を認定するについて審理不尽の違法があるものといわざるを得ない。」として、原審に差し戻した。

◆ 無免許運転罪の故意の成否（最決平 18. 2. 27/H18 重判 [2]）

事案： 本件運転に係る自動車（以下「本件車両」という。）は、長さ502cm、幅169cm、高さ219cmで、もともとは運転席及び座席が合計15人分設けられていたが、被告人が勤務する建設会社において、かなり以前から、後方の6人分の座席を取り外して使用していた。しかし、本件車両の自動車検査証には、本件運転当時においても、乗車定員が15人と記載されていた。被告人は、普通自動車と大型自動車とが区別され、自己が有する普通自動車免許で大型自動車を運転することが許されないことは知っていたものの、その区別を大型自動車は大きいという程度にしか考えていなかったため、上記のような本件車両の席の状況を認識しながら、その点や本件車両の乗車定員について格別の関心を抱くことがないまま、同社の上司から、人を乗せなければ普通自動車免許で本件車両を運転しても大丈夫である旨を聞いたことや、本件車両に備え付けられた自動車検査証の自動車の種別欄に「普通」と記載されているのを見たこと等から、本件車両を普通自動車免許で運転することが許されると思い込み、本件運転に及んだ。このような状況において、無免許運転罪で有罪となった被告人が上告した。

決旨： 「乗車定員が 11 人以上である大型自動車の座席の一部が取り外されて現実に存する席が 10 人分以下となった場合においても、乗車定員の変更につき国土交通大臣が行う自動車検査証の記入を受けていないときは、当該自動車はなお道路交通法上の大型自動車に当たるから、本件車両は同法上の大型自動車に該当するというべきである」。そして、本件事実関係の下においては、「本件車両の席の状況を認識しながらこれを普通自動車免許で運転した被告人には、無免許運転の故意を認めることができるというべきである」。

◆ 森永ヒ素ミルク事件（徳島地判昭 48. 11. 28／判例刑法総論〔226〕）

事案： ミルク工場において、乳児用調整粉乳の製造過程においてヒ素が混入し、これを飲んだ乳児多数が死亡した。

判旨： 「過失犯が成立するためには、第一に構成要件該当性（違法性）として過失行為の存在（客観的注意義務違反があるのに、その注意義務を違反した行為があること）及び過失行為と結果との間に因果関係があること、第二に非難可能性＝責任として右の過失行為によって発生した結果について、その行為者に非難を加えることの可能性が存することが必要（であり）……結果回避義務が注意義務の中心（である。）……結果の発生を回避するために適切な行動をとるためには、結果の発生が予見できなければならない……。この場合の予見可能性は結果防止に向けられたなんらかの負担を課するのが合理的であるということをも裏付ける程度のものであればよく……具体的な因果関係を見とおすことの可能性である必要はなく、何事かは特定できないがある種の危険が絶無であるとして無視するわけにはいかないという程度の危惧感であれば足りる」。

◆ 最決平元. 3. 14／百選 I〔52〕

事案： トラック運転手の甲が無謀運転により、ハンドル操作を誤って自車トラックを電柱に衝突させて、助手席に乗っていたAに重傷を負わせ、さらに荷台に甲やAの知らないうちに乗り込んで積み荷の陰に隠れていたBCを死亡させた。

決旨： 「被告人において、右のような無謀ともいうべき自動車運転をすれば人の死傷を伴ういかなる事故を惹起するかもしれないことは、当然認識しえたものというべきであるから、たとえ被告人が自車の後部荷台に前記兩名が乗車している事実を認識していなかったとしても、右兩名に関する業務上過失致死罪（注：現、過失運転致死罪）の成立を妨げない」と判示しており、抽象的法定符合説に立ちつつ故意と過失をパラレルに捉えているとみることができる。

◆ 北大電気メス事件（札幌高判昭 51.3.18／百選 I [51]）

事案： 電気メスを使用した手術の際、ケーブルの接続を間違えたところ、患者に心電計が装着されていたため、異常な電気回路が形成され、熱傷が生じた。

決旨： 「過失犯が成立するためには、その要件である注意義務違反の前提として**結果の発生が予見可能であることを要……（するが、右にいう）結果発生**の危険とは、……特定の構成要件の結果及びその結果の発生に至る因果関係の基本的部分の予見を意味するものと解すべきである」とし、「ケーブルの誤接続をしたまま電気手術器を作動させるときは電気手術器の作用に変調を生じ、本体からケーブルを経て患者の身体に流入する電流の状態に異常を来し、その結果患者の身体に電流の作用による傷害を被らせるおそれがあることについてであって、その内容は、構成要件の結果及び結果発生に至る因果関係の基本的部分のいずれについても特定していると解される。……もっとも、発生するかもしれない傷害の種類、態様及びケーブルの誤接続が電気手術器本体から患者の身体に流入する電流の状態に異常を生じさせる**理化学的原因については予見可能の範囲外であったと考えられるけれども、過失犯成立のため必要とされる結果発生に対する予見内容の特定としては、前記の程度で足りる**」と判示した。

◆ 有楽サウナ事件（最決昭 54.11.19）

事案： 組立式サウナが漸次炭化して着火し、サウナ風呂を設置した店舗を焼損した上、顧客を一酸化炭素中毒で死亡させた。

決旨： 現実生じた「ベンチの漸次炭化による無焰着火」について予見可能性がなくとも、「**木製ベンチ部分に火災が発生する危険**」が予見可能であれば過失を肯定することができる」と判示した。

◆ 東京高判昭 53.9.21

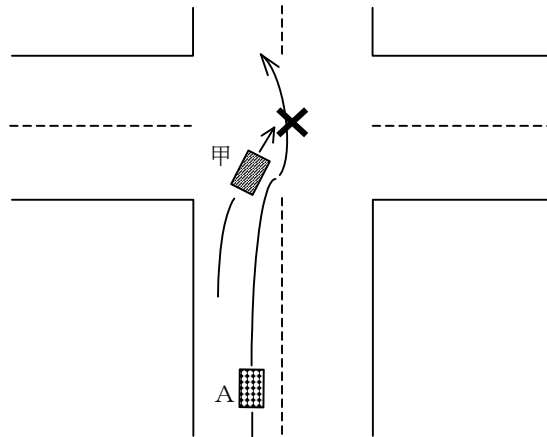
事案： ガスコンロの消火を忘れたために、ガスコンロの加熱により、近接したベニヤ板壁に着火して火災になった。

判旨： 「ベニヤ板壁に着火発炎するに至る可能性」が予見できれば足り、「ガスコンロ脇のベニヤ板に直接着火発炎するか、あるいは、ガスコンロ下に敷いたラワン材にいったん着火発炎したのち……右ベニヤ板に着火発炎するかという経過の詳細までは、予見が可能である必要はない」と判示した。

◆ 最判昭 42. 10. 13/百選 I [54]

事案： 第一種原動機付自転車を運転する甲が当時の道交法に違反して道路中央付近から右折しようとしたところ、その右側から猛スピードで追いつきようとしたAの原動機付自転車と衝突し、Aを死亡させた。

<信頼の原則の事案>



判旨： 「センターラインの若干左側から、右折の合図をしながら、右折を始めようとする原動機付自転車の運転者としては、後方からくる他の車両の運転者が、交通法規を守り、速度をおとして自車の右折を待って進行する等、安全な速度と方法で進行するであろうことを信頼して運転すれば足り、本件Aのように、あえて交通法規に違反して、高速度で、センターラインの右側にはみ出してまで自車を追い越そうとする車両のありうることもまでも予想して、右後方に対する安全を確認し、もって事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務はないものと解するのが相当である（なお、本件当時の道路交通法 34 条 3 項によると、第一種原動機付自転車は、右折するとき、あらかじめその前からできる限り道路の左側に寄り、かつ、交差点の側端に沿って徐行しなければならなかったのにかかわらず、被告人は、第一種原動機付自転車を運転して、センターラインの若干左側からそのまま右折を始めたのであるから、これが同条項に違反し、同法 121 条 1 項 5 号の罪を構成するものであることはいうまでもないが、このことは、右注意義務の存否とは関係のないことである。）」と判示して、行為者に交通法規違反があっても、信頼の原則は適用されうるという立場を明らかにした。

◆ 最決平 5. 10. 12/百選 I [第6版] [54]

事案： Xは、普通自動車を交差点から 50m 手前の地点で停止させ、妻を後部左側ドアから降車させようとした。付近は、交通頻繁な市街地域であり、かつ、Xの自動車と左側歩道との間には約 1.7m の通行余地があった。そして、Xは単に自車左側のフェンダーミラーを一瞥したのみで、後方から接近する車両はないと考え、妻に降車の

指示をし、妻がこれに従って不用意に後部左側ドアを約 50cm 開けた途端、後方から進行してきた原動機付自転車がドア先端部に激突し、運転者が傷害を負った。

決旨： 「自動車運転者は、同乗者が降車するに当たり、フェンダーミラー等を通じて左後方の安全を確認した上で、開扉を指示するなど適切な措置を採るべき注意義務を負うというべきであるところ、被告人は、これを怠り、進行してくる被害者運転車両を看過し、そのため同乗者である妻に対して適切な指示を行わなかったものと認められる。この点に、関して被告人は、公判廷において、妻に対して『ドアをばんと開けるな』と言った旨供述するが、右の言辞が妻に左後方の安全を確認した上でドアを開けることを指示したものであるとしても、前記注意義務は、被告人の自動車運転者としての立場に基づき発生するものと解されるから、同乗者にその履行を代行させることは許されないというべきであって、右のように告げただけでは、自己の注意義務を尽くしたものとはいえない」。

◆ 最決平 19. 3. 26/H19 重判〔2〕

決旨： 「……病院全体が組織的なシステムを構築し、医療を担当する医師や看護婦の間でも役割分担を取り決め、周知徹底し、患者の同一性確認を徹底することが望ましいところ、これらの状況を欠いていた本件の事実関係を前提にすると、手術に関する医師、看護婦等の関係者は、他の関係者が上記確認を行っていると信頼し、自ら上記確認をする必要がないと判断することは許されず、各人の職責や持ち場に応じ、重畳的に、それぞれが責任を持って患者の同一性を確認する義務がある」。

◆ 京踏切事件（大判昭 4. 4. 11/百選 I [第 5 版]〔7〕）

列車が見通しの悪い踏切で嬰兒をひき殺した事案について、いかに警笛を鳴らして非常制動を行っても結果を回避しえなかった以上、前方注視義務違反と死の結果との因果関係が欠けるとした。この判例は因果関係が欠けるとする構成をとったものである（ただし、条件関係を否定したものかどうかは不明である）。

◆ 最判平 4. 7. 10

事案： 甲は、夜間片側二車線の道路を時速約 40 キロで走行中、甲の運転する自動車の進路上に酒に酔って無灯火のまま対向進行してきた A 運転の自動車を前方約 8 メートルに迫ってはじめて発見し、急制動の措置を講じたが及ばず、同車と正面衝突し、その結果 A が死亡した。

判旨： 甲に前方不注視があったことを認めつつ、酒に酔ってライトもつけずにセンターラインを走ってきた A の車に衝突させ A を死亡させたとしても、「前方注視を怠っていなければ本件事故を回避することが可能であったとはいえず、また、他に甲に注意義務違反があったとも認められないから、本件事故につき甲に過失があったとはいえない」と判示した。

◆ 最判平 15. 1. 24 / 百選 I [7]

事案： 被告人運転の自動車は、対面信号が注意して進行せよとの黄色信号灯火点滅の交差点に、減速・徐行せず時速 30～40 km の速度で侵入したところ、後方から被告人車を追い抜こうと進行してきた A 運転の自動車に追突され、被告人車の同乗者 1 名が死亡し他の 1 名が重傷を負った。A は、酒気を帯び、指定最高速度である時速 30 km をはるかに上回る時速 70 km で、足元に落ちた携帯電話を拾うため前方を注視せずに進行し、対面信号が一時停止せよとの赤色信号灯火点滅の交差点に侵入ののちに、本件事故の起きた交差点に侵入しようとしたものであった。

判旨： 「(減速・徐行せず時速 30～40 km の速度で侵入した) 被告人の行為は、それ自体、非難に値するといわなければならない。

しかしながら、他方、本件は、……A 車の特異な走行状況に留意する必要がある。……このような A 車の走行状況にかんがみると、……被告人が時速 10 ないし 15 キロメートルに減速して交差点内に進入していたとしても、上記の急制動の措置を講ずるまでの時間を考えると、被告人車が衝突地点の手前で停止することができ、衝突を回避することができたものと断定することは困難であるといわざるを得ない。……被告人車が本件交差点手前で時速 10 ないし 15 キロメートルに減速して交差道路の安全を確認していれば、A 車との衝突を回避することが可能であったという事実については、合理的な疑いを容れる余地があるというべきである。」と判示した。

◆ 最決平 20. 3. 3 / 百選 I [56]

事案： X は、生物学的製剤の製造業・輸入販売業の許可、製造・輸入の承認、検定・検査等に関する事務全般を統括する厚生省（現厚生労働省）の薬務局生物製剤課長である。

A 社は、米国から輸入した血漿を原料とする非加熱製剤を製造・販売する会社であるが、A 社は、加熱処理をして H I V を不活性化した加熱製剤が販売された昭和 61 年 1 月以降も、H I V に汚染された非加熱製剤を販売し、B 病院において、A 社の非加熱製剤が被害者に投与された結果、被害者は H I V に感染し、エイズにより死亡した。

X は、外国由来の非加熱製剤の販売を行う業者等をしてその販売中止及び回収をさせるとともに、医師をしてその投与を控えさせる措置を講ずることを怠ったとして、業務上過失致死罪により起訴され、原審で有罪が言い渡された。そこで、X は上告した。

決旨： 「薬害発生の防止は、第一次的には製薬会社や医師の責任であり、国の監督権限は、第二次的、後見的なものであって、その発動については、公権力による介入であることから種々の要素を考慮して行う必要があることなどからすれば、これらの措置に関する不作為が公務員の職務上の責任や国の賠償責任を生じさせる場合があるとしても、これを超えて公務員に個人としての刑事法上の責任を直ちに生じさせるものではない」。

しかしながら、①「本件非加熱製剤は、当時広範に使用されていたところ、同製

剤中にはH I Vに汚染されていたものが相当量含まれており、……これを使用した場合、H I Vに感染してエイズを発症する者が現に出現し、かつ、いったんエイズを発症すると、有効な治療の方法がなく、多数の者が高度のがい然性をもって死に至ること自体はほぼ必然的なものとして予測されたこと」、②「当時は同製剤の危険性についての認識が関係者に必ずしも共有されていたとはいえ、かつ、医師及び患者が同製剤を使用する場合、これがH I Vに汚染されたものかどうか見分けることも不可能であって、医師や患者においてH I V感染の結果を回避することは期待できなかったこと」、③「同製剤は、国によって承認が与えられていたものであるところ、……国が明確な方針を示さなければ、引き続き、安易な、あるいはこれに乗じた販売や使用が行われるおそれがあり、……取扱いを製薬会社等にゆだねれば、そのおそれが現実化する具体的な危険が存在していたことなどが認められる。」

「このような状況の下では、……厚生大臣が薬事法上付与された各種の強制的な監督権限を行使することが許容される前提となるべき重大な危険の存在が認められ、業務行政上、その防止のために必要かつ十分な措置を採るべき具体的義務が生じたといえるのみならず、刑事法上も、本件非加熱製剤の製造、使用や安全確保に係る業務行政を担当する者には、社会生活上、薬品による危害発生の防止の業務に従事する者としての注意義務が生じたものというべきである」。

「Xは、……厚生省における同製剤に係るエイズ対策に関して中心的な立場にあったものであり、厚生大臣を補佐して、薬品による危害の防止という業務行政を一体的に遂行すべき立場にあったのであるから、Xには、……業務行政上必要かつ十分な対応を図るべき義務があったことも明らかであり、……本件被害者の死亡について専ら被告人の責任に帰すべきものでないことはもとよりとしても、Xにおいてその責任を免れるものではない。」

◆ 最決平 24. 2. 8 / H24 重判 [1]

事案： 甲社製トラックのフロントホイールハブ（通称、Dハブ）が走行中に破損したためにタイヤ等が脱落し、歩行者3人に衝突して同ららを死傷させた。本件事故の約2年半前にも類似の事故（X事故）が発生しており、さらに同事故に至るまでの間にも甲社製トラックのハブ破断事故が15件発生しており、そのうち7件はDハブに関するものであった。X事故事案の処理の時点で、社内の品質保証業務を担当していた品質保証部門の部長とグループ長の被告人両名が、本件のような死傷事故の発生を予見できたにもかかわらず、同種ハブを装備した車両につきリコール等の実施のために必要な措置を採らずに漫然と放置したために本件事故を発生させたとして、業務上過失致死傷罪に問われた。

決旨： X事故事案の処理の時点で、Dハブには強度不足があり、かつ、その強度不足により本件のような人身事故が生ずるおそれがあったのであり、被告人両名が、そのおそれを予見することは十分可能であった。また、「予測される事故の重大性、多発性、甲社が事故関係の情報を一手に把握していたことなども考慮すれば、……品

質保証業務を担当していた被告人兩名には、その時点において、Dハブを装備した車両につきリコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採り……事故が更に発生することを防止すべき業務上の注意義務があった」といえるし、結果回避可能性も肯定することができる。そして、本件事故は「Dハブを装備した車両についてリコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採らなかった被告人兩名の上記義務違反に基づく危険が現実化したものといえるから、両者の間に因果関係を認めることができる。」

◆ 大阪高判昭 45. 5. 1

事案： 被告人Cは、普通貨物自動車を運転して、幅員 14 メートルの道路を中央線から約 1.6 メートルの間隔を置き、時速 55 キロメートルで進行中、前方約 3、40 メートルの地点を、中央線を車体の半分以上超え、時速 70 ないし 75 キロメートルの速度で進行してきた対向車を認めた。Cは同車と正面衝突の危険を感じ、ある程度減速するとともに左にハンドルを切って左側に約 1 メートル寄って進行し、対向車と離合し、同一速度で約 8 メートル進行したため、Cの後方約 9 メートルのところを同一速度で後続してきたZの自動二輪車に自車の左後部を接触させ、Zを負傷させたという場合に、緊急避難が成立するか否かが争われた。

判旨： 「被告人は3、40 メートル前方に中央線を超えて高速道を対向してくる車を発見し……これと衝突の危険を感じる状態になったのであるから、正に自己の生命身体に対する現在の危険な状態にあったものという外はなく……この衝突の危険を避けんとし把手を左に切り、約 1 メートル左に寄った被告人の行動は、現在の危険を避けるために已むを得ない行為といわざるを得ない。……しかも被告人の行った右行為により、後続する被害者Zの自動二輪車と衝突したことによって同人に被らしめた損害が、前記対向車との正面衝突により発生すべき損害を超えるものとは考えられないから、本件は刑法 37 条 1 項前段に所謂緊急避難行為であるといわなければならない」。

◆ 千葉地判平 7. 12. 13/百選 I [59]

事案： 経験が浅く運転技術が未熟な被告人が、ダートトライアル（注：競技専用の非舗装道路を走行して速さを競い合うゲーム）場内で、約 7 年の経験のある A を同乗させてダートトライアル車を運転していたが、カーブを曲がりきれず暴走させ、自動車を防護柵に激突させて A を死亡させた。

判旨： 「同乗者の側で、ダートトライアル走行の前記危険性についての知識を有しており、技術の向上を目指す運転手が自己の技術の限界に近い、あるいはこれをある程度上回る運転を試みて、暴走、転倒等の一定の危険を冒すことを予見していることもある。また、そのような同乗者には、運転者への助言を通じて一定限度でその危険を制御する機会もある。したがって、このような認識、予見等の事情の下で同乗していた者については、運転者が右予見の範囲内にある運転方法をとることを容認した上で……、それに伴う危険……を自己の危険として引き受けたとみることができ、右危険が現実化した事態については違法性の阻却を認める根拠がある。もっとも、そのような同乗者でも、死亡や重大な傷害についての意識は薄いかもしいが、それはコースや車両に対する信頼から死亡等には至らないと期待しているにすぎず、直接的な原因となる転倒や衝突を予測しているのであれば、死亡等の結果発生を危険を引き受けたものと認め得る。……本件事故の原因となった被告人の運転方法及びこれによる被害者の死亡の結果は、同乗した被害者が引き受けていた危険の現実化というべき事態であり、また、社会的相当性を欠くものではないといえるから、被告人の本件走行は違法性が阻却されることになる」。

◆ 最判昭 38. 11. 12

過失段階説に立った。

◆ 近鉄生駒トンネル火災事故事件（最決平 12. 12. 20/百選 I [53]）

事案： 近畿日本鉄道東大阪線生駒トンネル内における電力ケーブルの接続工事に際し、施工資格を有してその工事にあつた被告人が、ケーブルに特別高圧電流が流れる場合に発生する誘起電流を接地するための大小 2 種類の接地銅板のうちの 1 種類（小）を Y 分岐接続器に取り付けるのを怠つたため、右誘起電流が、大地に流されずに、本来流れるべきではない Y 分岐接続器本体の半導電層部に流れて炭化導電路を形成し、長期間にわたり同部分に集中して流れ続けたことにより、火災が発生した。折からトンネル内を通過中の電車の乗客らが、火災により発生した有毒ガス等を吸引して、1 名が死亡、42 名が傷害を負った。

判旨： 右事実関係の下においては、被告人は、右のような炭化導電路が形成されるという経過を具体的に予見することはできなかつたとしても、右誘起電流が大地に流されずに本来流れるべきではない部分に長期間にわたり流れ続けることによって火災の発生に至る可能性があることを予見することはできたものというべきである。

◆ 北ガス事件（札幌地判昭 61. 2. 13/百選 I [第 6 版] [58]）

事案： 北ガスが札幌市内で供給しているガスの熱量変更計画を実施した際、ガス器具に調整漏れがあつたため、一酸化炭素中毒事故が生じ、死傷者が出た。事故の直接の原因は、現場作業員が作業のノルマに追われるあまり、未調整のガス器具を調整済みと誤信し、そのため高カロリーガスが供給されたときに不完全燃焼が生じたことにあるが、このような作業員のミスはゆとりのない作業計画に誘発されたものであつた。そこで、作業員の過失は当然として、作業計画を立てた局長らにも過失があるのではないかが問題となつた。

判旨： 局長らは、「現場作業員をして、……極めて調整過誤を誘発しやすいゆとりのない状況下で作業を行わせ、かつ、そのような状況下では当然あり得べき現場作業員の調整過誤につき、調整作業を直接担当した者以外のしかるべき係員をして、これを発見、是正させる事後点検も行わない調整作業計画を立案、実施した過失により」各死傷事故を起こしたものであると判示して、局長らにも予見可能性を肯定し、有罪とした。

◆ 信越化学事件（新潟地判昭 53. 3. 9）

事案： 化学工場において、塩化ビニルモノマーの製造工程のタンクに続く除塵装置の点検清掃中、その吸入弁が破損したために、タンクに滞留していた液化ビニルモノマーが噴出気化し、火源に触れて大爆発を起こし、死傷者を出した。この事故の直接の原因は、作業員（直接行為者）がストレーナー（液化塩ビモノマー中に混在する不純物を除去する装置）の点検、清掃作業を行う際、作業を急ぐあまり、ストレーナーの内部に液化塩ビモノマー（空气中に混入し、火源に触れると爆発する）が多量に残存している状態で蓋を開け、液化塩ビモノマーが漏れているのを発見するや、通常用いているハンドル回しで増締めをしたが、ハンドルが全く動かず、漏出が止まらなかつたところ、直ちに上司に報告する措置もとらずかえって不当に大きなハンドル回しを用いて強い力で増締めをしたため吸入弁を破壊させたことであつた。

判旨： 監督者の予見可能性について、①吸入弁がその弁座の損傷によりバルブとしての閉止機能に欠缺を生ずることについての予見可能性、②吸入弁が破損することによりその閉止機能を喪失することについての予見可能性、③作業員がストレーナーの点検・清掃にあつて、その蓋を開けたまま吸入弁の増締めを行い、バルブを破壊させるほどの力を加えることがあることについての予見可能性に分けて検討し、①については、以前に同工場で同じ事故が発生していたこと、②については、現場作業員の中にその危険を考えた行動をとっていた者があること、③については作業を急がされて同工場制定の安全標準動作に違反することが少なからずあることを根拠に予見可能性を認めた。

◆ 大洋デパート事件（最判平 3. 11. 14）

事案： 営業中のデパートの二階から三階への階段の上がり口付近で原因不明の火災が発生して、火災は三階店内に侵入し、さらに燃え広がってそれらの階をほぼ全焼した。火災に際して、従業員らによる火災の通報が全くなされず、避難誘導もほとんど行われなかつたために、多数の者が逃げ場を失

い、無理な脱出を余儀なくされる等して、一酸化炭素中毒、転倒、転落等により従業員、客等多数が死亡した。

判旨： 防火管理につき包括的な権限・義務を有していた代表取締役（死亡）が適正な防火管理義務を遂行する能力を欠くなどの特別の事情がなく、防火管理者に選任されたこともデパートの維持および管理につき委任を受けたことなどもない取締役には、代表取締役に対し防火管理上の注意義務を履行するよう意見を具申すべき注意義務等も含め、結果回避義務があるとはいえないとして、過失責任を否定した。

◆ 川治プリンスホテル事件（最決平2.11.16）

事案： ホテルにおける工事作業中、作業員が不注意により火災を発生させた。同ホテルには、**防火戸の設置がなく、また階段部分等が防火区画とされていなかったことにより、煙や火炎が短時間に階段、廊下、客室等に流入、充満した上、従業員による適切な火災通報、避難誘導が全くなされなかった**ため、多数の宿泊客、従業員が死傷した。

決旨： **代表取締役の妻でホテル経営の実権を握っていた取締役について、消防計画を自ら作成し、あるいは幹部従業員に命じて作成させ、これに基づく避難誘導訓練を実施する義務を怠ったこと、さらに自らの責任において、防火戸を設置し、階段部分を防火区画とする義務を怠ったことが過失行為**であるとした。そして、**過失犯成立要件としての予見可能性について**、「宿泊施設を設け、昼夜を問わず不特定多数の人に宿泊等の利便を提供する旅館・ホテルにおいては、火災発生の危険を常にはらんでいる以上、被告人は、同ホテルの防火防災対策が人的にも不備であることを認識していたのであるから、いったん火災が起これば、発見の遅れ、初期消火の失敗等により本格的な火災に発展し、建物の構造、避難経路等に不案内の宿泊客等に死傷の危険が及ぶ恐れがあることはこれを容易に予見できた」とした。

◆ 白石中央病院事件（札幌高判昭56.1.22／百選I〔第6版〕〔57〕）

事案： 札幌市の白石中央病院において、ボイラーマン丙の不適切な火気の取扱いにより火災が発生して同病院旧館二階等が焼失し、新生児や入院患者らに死傷者が出た事件で、失火者である丙の他、病院長甲と事務方を実質的に掌理していた常務理事乙が業務上過失致死傷等で起訴された。

その事件では、出火当時、警備会社から派遣されていた夜警員は、火災の状況を見て狼狽し、その場に居合わせた主婦に消防署に通報するよう依頼するのみで自らは新館に退避してしまい、当直の見習看護婦Aも、火災発生後直ちに新生児を搬出することや旧館二階から避難するために必要な非常口の鍵を開けて避難誘導することに思い及ばず、そのために新生児室に取り残された新生児や非常口に逃げてきた入院患者が死傷したという事情があった。

判旨： 「被告人甲は、本件当時、本件病院の理事長兼病院長として、本件病院の経営及び管理部門全体を統括し、診療部門全体を監督する職責を担っており、旧館出火の場合に備えて新生児及び入院患者並びに付添人の救出や避難誘導に関する職責をも当然負担していたといわざるを得ないけれども、本件病院の理事長ないし病院長としての立場から考えると、**当直看護婦や夜警員が当然果たしてくれるものと予想されるような出火通報、非常口開扉及び新生児搬出などの救出活動ないし避難誘導活動が現実に行われないであろうという場合までも考慮に入れて火災発生に備えた対策を定めなければならないとまでいうのは行過ぎといわざるを得ない。**……本件火災により発生した前記6名の死傷という結果については、当時の当直人員の質及び量並びに当時の物的設備の下で回避不能であったとは認められないから、被告人甲については、公訴事実で主張されているような結果回避措置をあらかじめ講じて置かなければならないとする前提となるべき客観的予見可能性が欠落し、従って同被告人に前記6名の死傷という具体的結果に対する予見義務を負わせることができない道理であり、結局本件死傷事故につき同被告人には業務上過失致死傷の責を問うことはできないと判断される」。

◆ ホテル・ニュージャパン事件（最決平5.11.25／百選I〔58〕）

事案： ホテル・ニュージャパン火災事件に関し、同ホテルを所有・経営していた代表取締役社長Xの刑事責任が問われた。ホテルは10階建てで、客室等にはベニヤや可燃性クロスが用いられており、いずれの階にもスプリンクラーが設置されておらず、防火区画も設けられていなかった。また、支配人兼総務部長が防火管理者であったが、点検整備等が不十分で、防火戸は火災時自動的に閉鎖しないものが多く、非常放送設備も一部使用不能の状態にあり、平素の消防訓練もほとんど行われていな

かった。9階の宿泊客のたばこの不始末から出火したが、以上のような事情のため延焼が拡大し、また、宿泊客らに対する適切な通報、避難誘導等も行われなかったため、宿泊客 32 名が死亡し 24 名が負傷した。

決旨： Xが代表取締役社長として、防火管理上の注意義務等を負っていたことが明らかであるとした上で、「昼夜を問わず不特定多数の人に宿泊等の利便を提供するホテルにおいては火災発生の危険を常にはらんでいる上、Xは、代表取締役社長に就任した当時から本件建物の9・10階等にはスプリンクラー設備も代替防火区画も設置されていないことを認識しており、……既存の防火区画が不完全である上、防火管理者であるYが行うべき消防計画の作成、これに基づく消防訓練、防火用・消防用設備等の点検、維持管理その他の防火防災対策も不備であることを認識していたのであるから、自ら又はYを指揮してこれらの防火管理体制の不備を解消しない限り、いったん火災が起これば、発見の遅れや従業員らによる初期消火の失敗等により本格的な火災に発展し、従業員らにおいて適切な通報や避難誘導を行うことができないまま、……宿泊客らの死傷の危険の及ぶおそれがあることを容易に予見できたことが明らかである。したがって、Xは、……宿泊客らの死傷の結果を回避するため、消防法令上の基準に従って本件建物の9階及び10階にスプリンクラー設備又は代替防火区画を設置するとともに、……Yを指揮監督して、消防計画を作成させて、従業員らにこれを周知徹底させ、これに基づく消防訓練及び防火用・消防用設備等の点検、維持管理等を行わせるなどして、あらかじめ防火管理体制を確立しておく義務を負っていたというべきである。そして、Xがこれらの措置を採ることを困難にさせる事情はなかったのであるから、Xにおいて右義務を怠らなければ、……本件火災による宿泊客らの死傷の結果を回避することができたといえる」と判示した。

◆ 最決平 22.5.31/H22 重判〔1〕

事案： 明石市の夏祭りの花火大会当日、会場と最寄り駅とを結ぶ歩道橋に多数が集中して強度の群集圧力が生じ、いわゆる群集なだれ現象の結果、多数人が死傷した。被告人Aは、明石警察署地域官として、夏祭りの雑踏警備計画の企画・立案を掌理し、現地警備指揮官として現地にて雑踏警戒班指揮官らを指揮する立場にあった。被告人Bは、市より委託を受けた警備会社の大阪支社長であり、警備員の統括責任者として、参集者の安全を確保する警備体制の構築・実施業務に従事し、当日、警備員を統括していた。

決旨： 現地警備本部指揮官である被告人Aは、午後8時ころの時点において、歩道橋内への流入規制等を実現して雑踏事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があったというべきであり、また、警備員の統括責任者である被告人Bは、午後8時ころの時点において歩道橋内への流入規制等を実現して雑踏事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があったというべきであり、A・Bの結果回避義務が認められる。

そして、歩道橋周辺における機動隊員の配置状況等からは、午後8時10分ころまでにその出動指令があったならば、本件雑踏事故は回避できたと認められるところ、被告人Aについては、機動隊の出動を実現できたものである。また、被告人Bについては、明石市の担当者らに警察官の出動要請を進言でき、さらに、自らが自主警備側を代表して警察官の出動を要請することもできたのであって、明石市の担当者や被告人Bら自主警備側において、警察側に対して、単なる打診にとどまらず、自主警備によっては対処し得ない状態であることを理由として警察官の出動を要請した場合、警察側がこれに応じないことはなかったものと認められる。したがって、被告人兩名ともに、午後8時ころの時点において、上記各義務を履行していれば、歩道橋内に機動隊による流入規制等を実現して本件事故を回避することは可能であり、業務上過失致死傷罪（旧 211 I）が成立する。

◆ 最決平 26.7.22/H26 重判〔2〕

事案： 国から占用許可を得てA市が公園の一部として開放し維持管理していた人工砂浜（以下「本件砂浜」という。）において、これに接する国所有の突堤（以下「本件かぎ形突堤」という。）に取り付けられた防砂板が破損し、その破損部から砂が海中に吸い出されて砂層内に空洞が形成され、この空洞が崩壊したことにより、陥没孔が生じた。被害者は上記空洞の崩壊に巻き込まれ、陥没孔に埋没したことにより死亡した。この事故について、本件砂浜を含む海岸の工事、管理等の事務を担当していた、国土交通省に属するB工事事務所の工務第一課課長であったXの業務上過失致死罪（211 前段）の成否が問題となった。

決旨： 本件砂浜に関しては、「国がその安全管理をすべき基本的責任を負っていたというべきである。その責任を担うべき組織」は、「B工事事務所であって、海岸の工事、管理に関する事務をつかさどっていた工務第一課は、その具体的担当部署の一つであった」。

「本件当時、本件砂浜の日常的な管理は国から占用許可を得ていたA市が行っていたが、……B工事事務所は、市海岸・治水課から、平成13年6月には、本件砂浜の陥没発生状況やその原因について情報提供を受けて抜本的な対策工事を行うよう要請され、同市と共に陥没対策に取り組み始めていた。また、その当時から本件かき形突堤の瑕疵が原因で隣接する本件砂浜が陥没していると考えられており、国は所有する本件かき形突堤の安全管理という面からも周囲に及ぼす影響への対策を求められる立場にあったといえる。これらの事情に照らすと、本件当時、本件砂浜の具体的な安全管理がA市のみに委ねられていたとはいえ、国の組織であるB工事事務所もその責任を負い、その具体的担当部署の一つである工務第一課としては、……本件砂浜の安全管理を具体的に行うべき立場にあり」といえる。「A市は、……国と共に本件砂浜の陥没対策に取り組んでいたのであるから、工務第一課の要請に応じないことはな」かったと認められる。「そうすると、工務第一課の課長であったXについては、その地位や職責、権限に加え、その職務の遂行状況が、前記のとおり、本件のような事故を防止すべく本件砂浜の陥没対策に関して国側担当者として活動していたものであることなどに照らし、遅くとも打合せの席上でA市から国としての対応を求められた同年6月15日以降、国土交通省による陥没対策工事が終了するまでの間、工務第一課自ら又はA市……に要請して安全措置を講じ、陥没等の発生により本件砂浜利用者等が死傷に至る事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があったと認められる。」

◆ 最決平17.11.15/百選I〔57〕

事案： 医師Aは、大学総合医療センター（以下「本センター」という。）の耳鼻咽喉科に所属し、右顎下の滑膜肉腫という極めて稀な症例の診断を受けた患者Bの主治医である。Aは、右顎下の滑膜肉腫について臨床実績がなく、その治療計画であるVAC療法（抗がん剤である硫酸ビンクリスチン等を投与する療法）についても実施した経験がなかった。また、Aは、医師として4年余りの経験しかない。

被告人である医師Xは、Aの指導監督を行うとともに、自らも診察・治療・手術等の業務に従事する本センターの耳鼻咽喉科科長兼教授である。Xは、AからBの治療計画の説明を受けた際、VAC療法の具体的な内容や注意点等について説明を求めることもなく、硫酸ビンクリスチンの副作用の知識や対応方法についてもとくに確認しないまま、これを了承した。

Aは、①硫酸ビンクリスチンの投与計画の立案を誤り、週1回投与すべき硫酸ビンクリスチンを連日投与した。その結果、②Bに重篤な副作用が出ているにもかかわらず、Xは適切に対応しないまま、Bは硫酸ビンクリスチンの過剰投与による多臓器不全により死亡した。

本件では、①につきXの具体的な薬剤投与計画の確認義務違反と、②につきXの高度な副作用が発現した場合における重大な結果発生の防止義務違反の有無が争点となった。

決旨：① 具体的な薬剤投与計画の確認義務違反について

右顎下の滑膜肉腫は、「本センターの耳鼻咽喉科においては過去に臨床実績がなく、同科に所属する医局員はもとよりXですら同症例を扱った経験がなかった。また、Aが選択したVAC療法についても、……Xも実施した経験がなかった。しかも、VAC療法に用いる硫酸ビンクリスチンには強力な細胞毒性及び神経毒性があり、使用法を誤れば重篤な副作用が発現し、重大な結果が生ずる可能性があり、現に過剰投与による死亡例も報告されていたが、Xを始めAらは、このようなことについての十分な知識はなかった。さらに、Aは、医師として研修医の期間を含めて4年余りの経験しかなく、Xは、本センターの耳鼻咽喉科に勤務する医師の水準から見て、平素から同人らに対して過誤防止のため適切に指導監督する必要性を感じていた」。

「このような事情の下では、Xは、主治医のA……が抗がん剤の投与計画の立案を誤り、その結果として抗がん剤が過剰投与されるに至る事態は予見し得たものと認められる。そうすると、Xとしては、自らも臨床例、文献、医薬品添付文書等を調査検討するなどし、VAC療法の適否とその用法・用量・副作用などについて把握した上で、抗がん剤の投与計画案の内容についても踏み込んで具体的に検討し、これに誤りがあれば是正すべき注意義務があったというべきである。しかも、Xは、……投与計画の具体的な内容を把握して上記注意義務を尽くすことは容易であったのである。ところが、Xは、これを怠り、投与計画の具体的な内容を把握しその当否を検討するこ

となく、VAC療法の選択の点のみに承認を与え、誤った投与計画を是正しなかった過失があるといわざるを得ない。」

② 高度な副作用が発現した場合における重大な結果発生防止義務違反について

①で述べた事情の下では、「Xとしては、Aらが副作用の発現の把握及び対応を誤ることにより、副作用に伴う死傷の結果を生じさせる事態をも予見し得たと認められる。そうすると、少なくとも、Xには、VAC療法の実施に当たり、自らもその副作用と対応方法について調査研究した上で、Aらの硫酸ピンクリスチンの副作用に関する知識を確かめ、副作用に的確に対応できるように事前に指導するとともに、懸念される副作用が発現した場合には直ちにXに報告するよう具体的に指示すべき注意義務があったというべきである。Xは、上記注意義務を尽くせば、……硫酸ピンクリスチンの……強い副作用の発現を把握して対応措置を施すことにより、Bを救命し得たはずのものである。Xには、上記注意義務を怠った過失も認められる。」

◆ 大判昭 6.12.3

心神喪失：精神の障害により、行為の是非を弁識する能力（是非弁識能力）がないか、又はこの弁識に従って行動する能力（行動制御能力）のない状態。

e x. 分裂病等の精神病、白痴・重い痴愚段階にある精神薄弱者、病的酩酊。

→心神喪失者の行為は不可罰（39 I）

心神耗弱：精神の障害により、是非弁識能力又は行動制御能力が著しく減退した状態。

e x. 軽症の痴愚、複雑酩酊。

→心神耗弱者の行為は刑の必要的減輕（同 II）

◆ 最判昭 53.3.24/百選 I [34]

判旨：「被告人の病歴、犯行態様にみられる奇異な行動及び犯行以後の病状などを総合考察すると、被告人は本件犯行時に精神分裂病（統合失調症）の影響により、行為の是非善悪を弁識する能力又はその弁識に従って行動する能力が著しく減退していたとの疑いを抱かざるをえない。

ところが、原判決は、本件犯行が被告人の精神分裂病の寛解期になされたことのほか、犯行の動機が存在、右犯行が病的体験と直接のつながりをもたず周到な準備のもとに計画的に行われたこと及び犯行後の証拠隠滅工作を含む一連の行動を重視し、A鑑定を裏付けとして、被告人の精神状態の著しい欠陥、障害はなかったものと認定している。

そうすると、原判決は、被告人の限定責任能力を認めなかった点において判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認の疑いがあり、これを破棄しなければ著しく正義に反する」。

◆ 最決昭 59.7.3/百選 I [第6版] [33]

決旨：「被告人の精神状態が刑法 39 条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であるから専ら裁判所の判断に委ねられているのであって、原判決が、所論精神鑑定書の結論の部分に被告人が犯行当時心神喪失の状況にあった旨の記載があるのにその部分を採用せず、右鑑定書全体の記載内容とその余の精神鑑定の結果、並びに……被告人の犯行当時の病状……を総合して、被告人が本件犯行当時精神分裂病の影響により心神耗弱の状態にあったと認定したのは、正当として是認することができる」。

◆ 東京地判平 9.4.14（連続幼女誘拐殺害事件）

事案：連続して4人の女兒を誘拐・殺害等した被告人に、各行為時に責任能力が認められるかが争われた。

判旨：被告人は、本件各犯行当時、性格の極端な偏り（人格障害）以外に反応性精神病、精神分裂病を含む精神病様状態にはなく、したがって、事物の理非善悪を弁別する能力及びその弁別に従って行動する能力を有していたと認められるのであり、被告人については完全責任能力を認めるのが相当である」。

◆ 最判平 20.4.25/H20 重判 [4]

判旨：「被告人の精神状態が刑法 39 条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であって専ら裁判所にゆだねられるべき問題であることはもとより、その前提となる生物学的、心理学的要素についても、上記法律判断との関係で究極的には裁判所の評価にゆだねられるべき問題である。しかしながら、生物学的要素である精神障害の有無及び程度並びにこれが心理学的要素に与えた影響の有無及び程度については、その診断が臨床精神医学の本分であることにかんがみれば、専門家たる精神医学者の意見が鑑定等として証拠となっている場合には、鑑定人の公正さや能力に疑いが生じたりするなど、これを採用し得ない合理的な事情が認められるのでない限り、その意見を十分に尊重して認定すべきものというべきである。……被告人が犯行当時統合失調症に罹患していたからといって、そのことだけで直ちに被告人が心神喪失の状態にあったとされるものではなく、その責任能力の有無・程度は、被告人の犯行当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を総合して判定すべきである」。

◆ 最決平 21.12.8/百選 I [35]

事案：被告人は、他者加害行為を繰り返し、2回の措置入院と措置解除を経ているところ、本件被害者に対する被害妄想を抱くに至り、ある日、被害者宅に押し入り、被害者の頭部を金属バットで殴りつけた後、逃げる被害者を追いかけて、さらに、被害者の頭部、顔面をナイフで複数回にわたって切りつけ、その胸部等を突き刺すなどして殺害した。

本件では、被告人の責任能力の有無が争点となった。捜査段階の鑑定では、被告人は統合失調型障害の状態にあるが心神耗弱であるとされたが、第1審は、被告人は統合失調症の周辺領域の精神障害であるが、犯行当時は完全責任能力があったとした。これに対して原審は、被告人は犯行当時に統合失調症であったとの原審の鑑定人の意見を採用した上で、心神喪失であったとの鑑定人の意見を排斥して心神耗弱であったと認めた。

決旨：前記の最決昭 59.7.3、最判平 20.4.25 を引用したうえで、「特定の精神鑑定の意見の一部を採用した場合においても、責任能力の有無・程度について、当該意見の他の部分に事実上拘束されることなく、上記事情等を総合して判定することができるというべきである。原判決が、前記のとおり、……鑑定の前提資料や結論を導く推論過程に疑問があるとして、被告人が本件犯行時に心神喪失の状態にあったとする意見は採用せず、責任能力の有無・程度については、上記意見部分以外の点では（控訴審での鑑定人の）鑑定等をも参考にしつつ、犯行当時の病状、幻覚妄想の内容、被告人の本件犯行前後の言動や犯行動機、従前の生活状態から推認される被告人の人格傾向等を総合考慮して、病的体験が犯行を直接支配する関係にあったのか、あるいは影響を及ぼす程度の関係であったのかなど統合失調症による病的体験と犯行との関係、被告人の本来の人格傾向と犯行との関連性の程度等を検討し、被告人は本件犯行当時は非弁別能力ないし行動制御能力が著しく減退する心神耗弱の状態にあったと認定したのは、その判断手法に誤りはな」として、原審を支持した。

◆ 最決昭 43.2.27/百選 I [39]

事案：自動車運転して酒を飲みに行き、ビールを 20 本位飲んだ後、心神耗弱の状態では酒酔い運転をした行為につき酒酔い運転の罪（道交 65、117 の 2①、道交令 26 の 2）の完全な責任を問うるか争われた。

決旨：「酒酔い運転の行為当時に飲酒酩酊により心神耗弱の状態にあったとしても、飲酒の際、酒酔い運転の意思が認められる場合には、刑法 39 条 2 項を適用して刑の減輕をすべきではない」。

◆ 大阪地判昭 51.3.4/百選 I [38]

事案：飲酒すると暴力癖があることを知っている被告人が、飲酒の結果病的酩酊に陥って心神喪失状態を招き、凶器を持ち出し強盗するためタクシー運転手に凶器を示して暴

行・脅迫を加えたことにつき、示凶器暴行・脅迫罪（暴力行為等処罰1）の故意犯が成立するとされた。

判旨： 「原因において自由な行為としての故意犯においては、行為者が責任能力のある状態で、自ら招いた精神障害による責任無能力又は減低（限定）責任能力の状態を犯罪の実行に利用しようという積極的意思があるから、その意思は犯罪実行の時にも作用しているというべきであって、犯罪実行時の行為者は、責任無能力者としての道具又は減低（限定）責任能力者としての道具であると同時に、責任能力のある間接正犯たる地位を持つ。従って、故意犯についてはその実行行為時に、責任能力のある間接正犯としての行為の法的定型性の具備、行為と責任の同時存在をともに認めることができる」。

本件については「被告人は、その酒歴、酒癖、粗暴歴ないし犯歴……から特別遵守事項として禁酒を命ぜられたことをすべて自覚していたと認められるので……積極的に右禁酒義務に背き、かつ、少くとも減低責任能力の状態において他人に暴行脅迫を加えるかもしれないことを認識予見しながら、あえて飲酒を続けたことを優に推断することができるから、暴行脅迫の未必の故意あるものといわざるをえない」。

◆ 最大判昭 26. 1. 17／百選 I [37]

事案： 被告人Aは、飲食店の調理場において女給Cの左肩に手をかけ被告人の顔をCの顔に近よせたのに、すげなく拒絶されたため、Cを殴打したところ、Bら居合わせた者に制止されて憤激し、心神喪失の状態できつさに傍にあった肉切包丁でBを突刺して出血多量によりその場で死亡させた。かかるAについて過失致死罪の成否が問われた。

判旨： 「本件被告人の如く、多量に飲酒するときは病的酩酊に陥り、因って心神喪失の状態において他人に犯罪の害悪を及ぼす危険のある素質を有する者は居常心神喪失の原因となる飲酒を抑止又は制限する等前示危険の発生を未然に防止するよう注意する義務あるものといわなければならない。しからば……本件殺人の所為は被告人の心神喪失時の所為であったとしても(1)被告人にして既に前示のような己の素質を自覚していたものであり且つ(2)本件事前の飲酒につき前示注意義務を怠ったがためであるとするならば、被告人は過失致死の罪責を免れ得ないものといわねばならない」。

◆ 東京高判昭 54. 5. 15

事案： 犯行の途中で興奮により情動性朦朧状態に陥り心神耗弱状態で人を殺害した。

判旨： 「被告人はその責任能力に特段の減弱のない状態において既に未必的殺意をもって積極的に重大な加害行為に及んだのであって、以後の実行行為は右殺意のおのずからなる継続発展として、かつ主としては右と同じ態様の加害行為をひたすら反復継続したという関係なのである。……精神的興奮状態は被告人において自ら招いた面が多いという関係も認められる」として 39 条 2 項の適用を否定した。

◆ 大阪地判昭 58. 3. 18

事案： 暴行行為の途中から、酩酊のため錯乱状態に陥り傷害致死を行った。

判旨： 「被告人は、本件犯行に着手した時点においてはもとより、犯行の前半部分にあたる金網のフェンス付近に転倒した被害者に暴行を加えた段階においては、その責任能力には疑いがなかったものであるところ、その段階において加えられた暴行は優に致死の結果をもたらすものと認められるうえ、その後の被告人の錯乱状態は被告人自らの飲酒およびそれに先立つ暴行等の行動によって招かれたのであり、かつ右状態で行われた暴行は前段階におけるそれと態様を異にするものではないから、本件における被告人の暴行は、その全部を一体として評価すべきであり、仮りに犯行の後半部分において被告人がその責任能力に何らかの影響を及ぼすべき精神状態に陥ったとしても、刑法 39 条 1 項又は 2 項は適用されないものと解すべきである」。

◆ 長崎地判平 4. 1. 14/百選 I [36]

事案： 実行行為の途中で心神耗弱状態になり、かつ致死の原因たる暴行が心神耗弱状態で行われた。

判旨： 「本件は、同一の機会に同一の意思の発動にでたものであり、実行行為は継続的あるいは断続的に行われたものであるところ、被告人は、心神耗弱下において犯行を開始したのではなく、犯行開始時において責任能力に問題はなかったが、犯行を開始した後に更に自ら飲酒を継続したために、その実行行為の途中において複雑酩酊となり心神耗弱の状態に陥ったものにすぎないのであるから、このような場合に右事情を量刑上斟酌すべきことは格別、被告人に対し非難可能性の減弱を認め、その刑を必要的に減輕すべき実質的根拠があるとは言いがたい。そうすると、刑法 39 条 2 項を適用すべきではないと解するのが相当である」。

未遂犯・中止犯

◆ 横浜地判昭 58. 7. 20/百選 I [第 5 版] [61]

放火の目的で、木造平屋建の、犯行当時、雨戸や窓が全部閉められ密閉された状態にある等の条件を有する家屋について、当該家屋の床面の大部分に満遍なくガソリンを散布した時点で、法益の侵害すなわち当該家屋の焼毀を惹起する切迫した危険が生じるに至ったとして、放火罪の実行の着手ありとした。

◆ 最決昭 40. 3. 9/百選 I [62]

被告人が深夜、窃盗目的で電気器具商店舗内に侵入し、懐中電灯で真暗な店内を照らし、電気器具類を見つけたが、なるべく現金を盗りたいと思い、レジスターのある煙草売場を確かめてその方へ行きかけたところで発見された事案において、窃盗罪の実行の着手ありとした。

◆ 最決昭 45. 7. 28/百選 I [63]

強姦性交の目的で、必死に抵抗する女性をダンプカーの運転席に引きずり込もうとした時点で強姦性交に至る客観的な危険性が明らかに認められるとして、強姦罪（現・強制性交等罪）の実行の着手を認めた。

◆ 大判大 7. 11. 16/百選 I [65]

事案： 甲は、Aを殺害する目的で毒薬混入の砂糖をAあてに小包郵便で送付したところ、小包はA方に配達されAがこれを受領したが、Aは毒薬混入の事実気づきこれを食するに至らなかった。

判旨： 「毒物混入の砂糖はAが之を受領した時に於て同人又は其家族の食用し得べき状態の下に置かれたるものにして、既に毒殺行為の着手ありたるものと云うを得べき」として、甲を殺人未遂とした。

◆ 硫黄殺人事件（大判大 6. 9. 10）

事案： 殺人能力のない硫黄の粉末を飲食物に混入して相手方に服用させて毒殺しようとした行為について、殺人未遂罪（199、203）が成立するかどうか争われた。被害者は下痢をしたにとどまった。

判旨： 判決は、「（硫黄の粉末を服用させる行為によっては）殺害の結果を惹起すること絶対に不能」であるとして、殺人については不能犯とした（もっとも、傷害罪の成立は認めた）。

◆ 空気注射事件（最判昭 37. 3. 23/百選 I [66]）

事案： 甲は 30cc ないし 40cc の空気を静脈に注射してAを殺そうとしたが、致死量（弁護人の主張では、70cc ないし 300cc）に達しなかったため、殺害するに至らなかった場合に、甲は不能犯であり無罪であるのではないかが争われた。

判旨： 「（原判決は）静脈内に注射された空気の量が致死量以下であっても被注射者の身体的条件その他の事情の如何によっては死の結果発生危険が絶対にはないとはいえないと判示しており、右判断は……相当である」。

◆ 都市ガス心中未遂事件（岐阜地判昭 62. 10. 15／百選 I [68]）

事案： 都市ガス（天然ガスであって、人体には無害）を室内に充満させて子供と共に心中しようとしたという行為について、殺人未遂罪（199、203）が成立するのではないかが争われた。

判旨： 「電気器具などから発生する静電気を引火源としてガス爆発事故が発生する可能性やガスが充満することによって窒息死する可能性があったこと、および一般人は都市ガスをそのような態様をもって漏出させることはその室内に寝ている者を死に致すに足りる極めて危険な行為であると認識しているものと認められ、したがって社会通念上右のような行為は人を死に致すに足りる危険な行為であると評価されているものと解するのが相当である」。

◆ 空ピストル事件（福岡高判昭 28. 11. 10）

事案： 実弾のこめられていなかった巡査の拳銃を奪取して同人に向けて引き金を引いた行為につき、殺人未遂罪（199、203）が成立するかどうか争われた。

判旨： 「制服を着用した警察官が勤務中、右腰に装着している拳銃には、常時たまが装てんされているべきものであることは一般社会に認められていることであるから、勤務中の警察官から右拳銃を奪取し、苟も殺害の目的で、これを人に向けて発射するためその引鉄を引く行為は、その殺害の結果を発生する可能性を有するものであって、実害を生ずる危険があるので右行為の当時、たまたまその拳銃にたまが装てんされていなかったとしても、殺人未遂罪の成立に影響なく、これを以て不能犯ということとはできない。」

◆ 欠陥爆弾投てき事件（最判昭 51. 3. 16）

事案： 欠陥があり物理的には爆発可能性のない爆弾を投てきした行為について、不能犯か否かが争われた。

判旨： 最高裁は、「（被告人は）導火線に点火すれば確実に爆発する構造、性質を有する爆弾である信じており、また、一般人においてそのように信ずるのが当然であると認められる状況」のもとでは、「単に物理的な爆発可能性の観点のみから判断されるべきではなく」「法的な意味において、右構成要件を実現する危険性があつたと評価できるかどうか判断されなければならない」と判示して、不能犯を否定している。

◆ 死体殺人事件（広島高判昭 36. 7. 10／百選 I [67]）

事案：ピストルで射殺されていた者（ただし、鑑定は分かれていた）を日本刀で切りつけたという客体の不能の事例について、殺人未遂罪が成立するか死体損壊罪が成立するにとどまるかが争われた。

判旨：「丙の生死については専門家の間においても見解が岐れる程医学的にも生死の限界が微妙な案件であるから、単に被告人……が加害当時被害者の生存を信じていたというだけではなく、一般人も亦当時その死亡を知り得なかったであろうこと、従って又被告人……の……加害行為により（……被害者が）死亡するであろうとの危険を感じるであろうことはいづれも極めて当然というべく、かかる場合において被告人……の加害行為の寸前に……（被害者が）死亡していたとしても、それは意外の障害により予期の結果を生ぜしめ得なかったに止り、行為の性質上結果発生の危険がないとは云えないから、同被告人の行為は不能犯と解すべきではな」い。

◆ 大判昭 12. 3. 6

外部的障害の原因が存しないにもかかわらず、内部的原因により任意に実行を中止し、又は結果発生を防止した場合に中止犯は成立する。

◆ 最判昭 32. 9. 10

事案：就寝中の母親を殺害する目的でその頭部を野球用のバットで強打した犯人が、血を流して痛苦している母親の姿を見て、驚愕・恐怖し、その後の殺害行為を止めた場合に、中止犯が成立するか否かが争われた。

判旨：裁判所は、母親が右打撃により眠りからさめ意識も判然として被告人の名を続けて呼び、被告人はその母の流血痛苦している姿を眼前に目撃したことについて「このような事態は被告人の全く予期しなかったところであり、いわんや、これ以上更に殺害行為を続行し母に痛苦を与えることは自己当初の意図にも反するところであるから……被告人において更に殺害行為を継続するのがむしろ一般の通例であるというわけにはいかない。」と判示して、中止未遂ではなく、障害未遂とした。

◆ 福岡高判昭 61. 3. 6／百選 I [69]

事案：未必的殺意をもって頸部をナイフで1回突き刺したが、被害者の口から大量の血が流れ出るのを見て、驚愕すると同時に大変なことをしたと思い、止血等の措置を講じたことに対し、中止犯における任意性が認められるかが争われた。

判旨：「外部的事実の表象が中止行為の契機となっている場合であっても、犯人がその表象によって必ずしも中止行為に出るとは限らない場合に敢えて中止行為に出たときには、任意の意思によるものとみるべきである。」

「通常人であれば、本件の如き流血のさまを見ると、被告人の前記中止行為と同様の措置をとるとは限らないというべきであり、……以上によると、本件の中止行為は、流血という外部的事情の表象を契機としつつも、犯行に対する反省、悔悟の情などから、

任意の意思に基づいてなされたと認めるのが相当である。」

◆ 東京高判昭 62. 7. 16／百選 I [70]

事案： 甲は殺意をもって牛刀でAに切り付けたところ、これを腕で防いだAから助命を哀願されたため犯行を中止したが、Aは腕に全治約二週間の切り傷を負った。このような場合に、甲に殺人罪の中止犯が成立するか、すなわち右一撃によって甲の殺人の実行行為が終了しているのではないかが争われた。

判旨： 「最初の一撃で殺害の目的が達せられなかった場合には、その目的を完遂するため、更に、二撃、三撃というふうに追撃に及ぶ意図が被告人にあったことが明らかであるから、……甲が……Aに一撃を加えたものの、その殺害に奏功しなかったという段階では、いまだ殺人の実行行為は終了しておらず、従って、本件はいわゆる着手未遂に該当する事案である」。

◆ 大判昭 12. 6. 25

事案： 放火犯人甲が、恐怖心を生じて逃走する際、Aに「放火したるに依り宜敷頼むと叫びながら走り去」った後、Aがその火を消し止めたという場合に、甲に中止犯が成立するか争われた。

判旨： 判例は、「放火の結果発生防止に付自ら之に当たりたると同視するに足るべき努力を尽したるものと認むるを得ざるが故に」中止犯の成立を否定した。

◆ 大阪高判昭 44. 10. 17／百選 I [第6版] [71]

事案： 未必の殺意を有する甲はAの腹部を包丁で突き刺した。しかし、Aが腹部の激痛に耐えかね、「痛い、痛い」と言って泣きながら「病院へ連れて行ってくれ」と哀願したので、甲は被害者を自己運転の自動車に抱き入れて、近くの病院へ連れていき、医師の手に引き渡したところ被害者は一命を取り止めるに至った。このような甲に中止犯が成立するかどうか争われた。

判旨： 裁判所は、「(甲は)救助のための万全の行動を採ったものとはいいがたく、単に被害者を病院へ運ぶという一応の努力をしたに過ぎないものであって、この程度の行動では、未だ以て結果発生防止のため被告人が真摯な努力をしたものと認めるに足りないものといわなければならない」と判示して、中止犯の規定の適用を否定した。

◆ 東京高判平 13. 4. 9 / 百選 I [71]

事案： 被告人である X は、借金の返済に行き詰まり、生活に困窮したため、アパートの自室に火を付けて自殺しようと考え、畳の上に積み上げられていた衣類にライターを用いて着火した。X は、点火した衣類から炎が上方へ出ているのを目撃した直後、燃えていない洗濯物を点火した衣類にかぶせて押さえつけたが、水をかけるなどの消火活動は行わなかった。X には炎が見えなくなったものの、衣類から白い煙が出続け、煙のために息苦しかったことから、X は、消火できていないかもしれないと認識しつつも部屋の外に出た。また、X は、アパートの他の居住者に火事を知らせたり、消火の助力を求めること等はしなかった。その後、X は、公衆電話ボックスから 119 番通報をしたが、名前を名乗ることなく、「友人が自殺しているかもしれない。室の中に火が見える。」などと告げて一方的に電話を切った。

X によって着火された炎は、X の室内の畳や木製の小物入れ等に燃え移ったが、消防隊員らによって消火されたため、衣類や畳、木製の小物入れ等を焼損したにとどまった。

判旨： 「X が、燃えていない洗濯物を燃えた衣類にかぶせて押さえつけた後に、火が室内の木製 3 段の小物入れや畳などに燃え移っていることが認められるのであるから、X の所論の行為をもって結果発生を防止したと同視し得る行為ということはできず、X が 119 番通報をしたことをあわせてみても、X がアパートの居住者に火事を知らせ、消火の助力を求めるなどの措置を執っていない以上、結果発生を防止したと同視し得る行為と認めるに足りないとして中止犯の成立を否定した原判断は是認することができ」る。

◆ 大判昭 4. 9. 17

点火した麻縄を自らもみけしたが消火の効果がなく、他人の介入行為により消火しえた場合につき、判例は中止行為と結果不発生との間に因果関係なしとして、放火罪の中止犯の成立を認めなかった。

共犯

◆ 最決昭 37.11.8/百選 I [81]

Aは、同人とかねてから関係のあった有夫の女Bとの関係をつづけていくため、Bの夫Cを殺害しようとして、青酸カリの入手をDに依頼した。依頼に応じて、Dは青酸カリを入手しAに手交したが、結局Aは殺人の実行に出なかった事案につき、裁判所は、Dに殺人予備罪（201）の共同正犯の成立を認めた。

◆ 東京高判平 10.6.4（判時・1650号）

オウム真理教によるサリン生成用化学プラントの建設等に関与した教団信者の罪責について、弁護側の「殺人予備罪が成立するためには予備行為を行った者が自ら殺人を実行する目的を有していることが必要であるから、大量殺人の目的を有しない被告人に殺人予備罪の成立を認めることはできない」との主張に対して、「殺人予備罪の成立には、自己の行為が殺人の準備行為であることの認識があれば足り、その殺人が自ら企図したものであるか共犯者である他の者が企図したものであるかは、その成否を分ける要件ではないと解される」としたうえで、本件被告人には自己の行為がAらの企図する殺人の準備行為であることの認識がある以上、殺人予備罪が成立すると判示した。

◆ 最判昭 43.12.24/百選 I [98]

事案： Xは、自己の法律事件の解決のため、Y（非弁護士）、Z（非弁護士）に示談解決を依頼し、報酬を支払った。Yは、某会社の事務管理者として、管理者たる自己の法律事件の解決のため、Zに示談解決方を依頼し、報酬を支払った。また、Y及びZは、Xの依頼に応じ、共謀して示談交渉にあたり、報酬を受け取った。弁護士法 72 条は、弁護士でない者が、報酬を得る目的で法律事務を取り扱うことを禁止し、これに違反した者を同法 77 条によって処罰しているところ、X、Yに対し 77 条違反の罪の教唆犯が成立するか否かが争われた。

判旨： 「ある犯罪が成立するについて当然予想され、むしろそのために欠くことができない関与行為について、これを処罰する規定がない以上、これを、関与を受けた側の可罰的な行為の教唆もしくは幫助として処罰することは、原則として、法の意図しないところと解すべきである。」

◆ 最決昭 54.4.13/百選 I [90]

事案： Aは甲らとともにXに暴行ないし傷害を加える旨を共謀し、Xに対して挑戦的な罵声・怒声を浴びせたが、それに応答したXの言動に甲が激怒し、殺意をもってXの下腹部を小刀で突き刺し、Xを死亡させた。このような場合に殺意のないAらにいかなる共犯が成立するかが争われた。

決旨： 「殺人罪と傷害致死罪とは、殺意の有無という主観的な面に差異があるだけで、その余の犯罪構成要件要素はいずれも同一であるから、暴行・傷害を共謀した被告人Aら七名のうちの甲が……Xに対し未必の故意をもって殺人罪を犯した本件については、殺人罪の共同正犯と傷害致死罪の共同正犯の構成要件が重なり合う限度で軽い傷害致死罪の共同正犯が成立するものと解すべきである。」

「すなわち、甲が殺人罪を犯したということは、Aら六名にとっても暴行・傷害の共謀に起因して客観的には殺人罪の共同正犯にあたる事実が実現されたことになるが、そうであるからといって、Aら六名には殺人罪という重い罪の共同正犯の意思はなかった

のであるから、Aら六名に殺人罪の共同正犯が成立するいわれはなく、もし犯罪としては重い殺人罪の共同正犯が成立し刑のみを暴行罪ないし傷害罪の結果的加重犯である傷害致死罪の共同正犯の刑で処断するにとどめるとするならば、それは誤りといわなければならない。」

◆ 最決平 17.7.4/百選 I [6]

事案： 手のひらで患者の幹部をたたくと自己治癒力を高めるとして独特の方法を施して信者を集めていたXは、患者である信者家族の依頼を受けて入院中の患者を家族らに病院外のホテルに連れ出させ、上記治療を施したのち、痰の除去や水分の点滴等患者の生命維持に必要な医療措置を受けさせないまま患者を約1日間放置し、痰による気道閉塞に基づき窒息死させた。

決旨： 「……未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させたXには、**不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である**」。

◆ 大判大 6.7.5

「従犯の正犯に対し従属的性質を有するを以て、正犯の成立を俟って始めて成立し得べきものとす。然れども正犯が未だ起訴せられず、又確定判決を受けざるも、之が為めに正犯に先ち従犯の罪を論ずることを妨げざるを以て、此場合に於ては先づ証拠に依りて正犯の事実を確認し而して従犯の事実を判定すべきものとす」。

◆ 練馬事件（最大判昭 33.5.28/百選 I [75]）

事案： 甲乙丙は、Aに暴行を加えることを共謀し、これに基づいて丙がAを襲撃し死亡せしめた（甲乙は襲撃に参加していない）。

判旨： 「共謀共同正犯が成立するためには、二人以上の者が特定の犯罪を行うため、**共同意思の下に一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない**。したがって、右のような関係において、共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、**他人の行為を、いわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない**。」として、甲乙に傷害致死罪の共同正犯を認めた。

◆ 最決平 15.5.1/百選 I [76]

事案： Xは、広域暴力団山口組の幹部で山健組組長であるが、山健組には、X専属のボディガード（スワット）が複数名おり、スワットらは、けん銃等の装備を持ち、昼夜を問わずXと行動を共にし、Xの警護にあたっていた。

スワットらがけん銃等を所持している旨の情報を得ていた警察は、事前にXらの自動車に対する搜索差押許可状の発付を得たうえで、X及びスワットらが遊興先である飲食店を出て宿泊先に向かうところで搜索差押えを実施し、Xの車の後方に続いてい

たスワット車の中から、けん銃3丁等を発見、押収し、Xらを現行犯逮捕した。

そこで、**具体的・明示的にけん銃所持を指示していないXに共謀共同正犯が成立するかが問題となった。**

決旨：「Xは、スワットらに対してけん銃等を携行して警護するように直接指示を下さなくても、スワットらが自発的にXを警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していた……。……また、前記の事実関係によれば、Xとスワットらとの間にけん銃等の所持につき黙示的に意思の連絡があったといえる。そして、スワットらはXの警護のために本件けん銃等を所持しながら終始Xの近辺にいてXと行動を共にしていたものであり、彼らを指揮命令する権限を有するXの地位と彼らによって警護を受けるというXの立場を併せ考えれば、**実質的には、正にXがスワットらに本件けん銃等を所持させていたと評し得るのである**」として、共謀共同正犯の成立を肯定した。

◆ 最判平 21. 10. 19/H22 重判〔6〕

暴力団幹部であるAとBらは、JR浜松駅から本件ホテルロビーに至るまでの間、他の暴力団からの襲撃に備えてけん銃等を所持し、被告人の警護にあたっていたものであるところ、被告人もそのようなけん銃による襲撃の危険性を十分に認識し、これに対応するため配下のA、Bらを同行させて警護に当たらせていたものと認められるのであり、このような状況のもとにおいては、他に特段の事情がない限り、被告人においても、A、Bがけん銃を所持していることを認識した上で、それを当然のこととして受け入れて認容していたものと推認するのが相当であるとして、共謀の成立を認めた。

◆ 最決平 22. 5. 31

公認会計士であり、A社に係る監査責任者の地位にあった被告人は、虚偽記載を認識していたほか、会計処理等について、代表取締役Bらに対して助言や了承を与えてきたため、虚偽記載を是正できる立場にあった。それにもかかわらず、自己の認識を監査意見に反映させることなく、本件財務諸表に有用意見及び適正意見を付す等しており、被告人はBらと共謀して、虚偽記載半期報告書提出罪等の各共同正犯を犯したといえる。

◆ 大阪高判昭 62. 7. 10/百選 I〔第6版〕〔83〕

事案：甲等がAに対し暴行を加え傷害を生ぜしめた後、乙はこの事実を認識しながら、自らもこれに共同して加担する意思でAに暴行を加えた。

判旨：「承継的共同正犯が成立するのは、後行者において、先行者の行為及びこれによって生じた結果を認識・認容するに止まらず、これを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、実体法上の一罪を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、右行為等を現にそのような手段とした場合に限られると解するのが相当」であり、「先行者が遂行中の一連の暴行に、後行者がやはり暴行の故意をもって途中から共謀加担したような場合には、一個の暴行行為がもともと一個の犯罪を構成するも

ので、後行者は一個の暴行そのものに加担するのではないうえに、後行者には、被害者に暴行を加えること以外の目的はないのであるから、後行者が先行者の行為等を認識・認容していても、他に特段の事情のない限り、先行者の暴行を、自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したものと認めることができ」ないとして、乙を傷害罪ではなく暴行罪の共同正犯とした。

◆ 札幌高判昭 28. 6. 30

事案： 強盗の犯意で先行者が暴行・脅迫を加え被害者に傷害の結果を生じさせた後に、後行者が先の暴行の事実を認識した上でこの機会を利用し、先行者と意思を通じて共に被害者より金品を奪取した場合に、後行者に強盗傷人罪（240 前段）の承継的共同正犯が成立するか争われた。

判旨： 「他人が強盗の目的を持って暴行を加えた事実を認識してこの機会を利用しともに金品を強取せんことを決意し、茲に互いに意思連絡の上金品を強取したものは、仮令共犯者が先になしたる暴行の結果生じたる傷害につきなんらの認識なかりし場合と雖も、その行為に対しては強盗傷人罪の共同正犯を以て問擬するのが正当である。」

◆ 福岡地判昭 40. 2. 24

先行者の暴行による傷害後、後行者が先行者と意思を通じて腕時計を奪取した場合に、強盗傷人罪の共同正犯が成立するか問題になった事案において、「後行者の責任についてはそれ自体独立に判断すべきであって、後行者は、先行者の責任を承継しない」として強盗罪の共同正犯のみ成立するとした。

◆ 横浜地判昭 56. 7. 17 / 百選 I [第 6 版] [84]

事案： A・B・C・Dの4名は、Yから金員を喝取しようとして共謀し、D方において、Yに対して繰り返し暴行・脅迫を加えて金員を要求し同人を畏怖させていたところ、行為の重要部分は終了していたものの、その全部が終了しないうちに、被告人Xが上記現場に行き合わせた。Xは、A・Dに金員を取りに行くよう指示されてその事情を知りながらこれを承諾し、Yを同行のうえ、E銀行の駐車場でYからYの義父Zを介して5万円の交付を受けた。なお、Yは恐喝の手段としての暴行により傷害を負った。いわゆる承継的共同正犯の成否が争点となった。

判旨： 「Xは被害者YがAらの先行行為により畏怖状態にあることを認識・認容して金員受領行為に加担しているため、これによって恐喝罪の実現に協力したと評価することができるが、傷害の結果を生じさせることやその拡大につながるような暴行等の寄与行為はなんらしていないから、傷害については共同実行の意思及びその事実の存在を認めることはでき」ないとし、恐喝罪の限度で承継的共犯の成立を認め、傷害については承継的共犯の成立を否定した（なお、本件では、Xの正犯意思が否定されたため、恐喝幫助犯が成立）。

◆ 名古屋高判昭 58. 1. 13 / 判例刑法総論 [375]

事案： 甲等はAを脅迫して 2000 万円を 2 回にわたり支払う旨約束させ、そのうち 1000 万円を喝取した。乙はその後犯行に加わり、A に対し 1000 万円を要求するなどしたが、A が応じなかった。

判旨： 「乙の加功前すでに先行行為者による 1000 万円の喝取は完全に既遂状態に達し、その金員の分配も終了していたのであるから、被告人乙にとってその既成の事実に対し支配を及ぼすことは不可能であったことが明らかである。したがって、この点の責任までも被告人乙に負わせることは相当でない」。

「もっとも、被告人乙は、共犯者等との間で、先に甲等が行った脅迫並びにこれによる被害者の畏怖状態や残りの 1000 万円を支払うとの約束を容認したうえ、これらを利用して爾後の犯行を遂行することを共謀し、現にこれらを利用して自らも右金員支払の要求行為を行っていると認められるから、その限度では、被告人乙の行為は、その構成要件該当性を考察するうえで、同被告人に事前共謀があった場合と価値的に同視しうるものと考えられ、この意味では共同正犯としての責任の内容について先行行為を承継しているといえることができるのであって、同被告人の加功後に被害者に対する脅迫行為がなかったとしても、同被告人はなお右 1000 万円については共同正犯として恐喝未遂の責任を免れない」と判示した。

◆ 最決平 24. 11. 6 / 百選 I [82] ・ H25 重判 [2]

事案： Y らは、A 及び B（以下「A ら」という。）に対し、暴行を加えた後、車で本件現場へと連れ去り、本件現場に X が到着するまでの間も更に暴行を加えた。これら一連の暴行により、A らは、X の本件現場到着以前から流血し、負傷していた。

その後、Y らから連絡を受けて本件現場に到着した X は、A らが Y らから暴行を受けて逃走や抵抗が困難であることを認識しつつ、Y らと共謀の上、A らに対し、暴行を加えた。共謀加担後に加えられた X の暴行の方が、それ以前の Y らの暴行よりも激しいものであった。

以上の暴行の結果、B は、約 3 週間の安静加療を要する見込みの傷害を負い、A は、約 6 週間の安静加療を要する見込みの傷害を負った。そこで、X の共謀加担後の暴行が、共謀加担前に Y らが既に生じさせていた傷害を相当程度重篤化させた場合、共謀加担前に Y らが既に生じさせていた傷害結果についてまで共同正犯としての責任を負うのが問題となった。

決旨： X は、「Y らが共謀して A らに暴行を加えて傷害を負わせた後に、Y らに共謀加担した上、……更に強度の暴行を加えており、少なくとも、共謀加担後に暴行を加えた……部位については A らの傷害……を相当程度重篤化させたものと認められる。この場合、X は、共謀加担前に Y らが既に生じさせていた傷害結果については、X の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足る暴行によって A らの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負う」。

原審は、XがAらの負傷結果を認識・認容し、さらに暴行という自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思の下に、途中から共謀加担して現に利用したものであると認定したが、「そのような事実があったとしても、それは、Xが共謀加担後に更に暴行を行った動機ないし契機にすぎず、共謀加担前の傷害結果について刑事責任を問い得る理由とはいえない」。

- 千葉補足意見：1 傷害の認定・特定が困難である場合について、「仮に、共謀加担後の暴行により傷害の発生に寄与したか不明な場合（共謀加担前の暴行による傷害とは別個の傷害が発生したとは認定できない場合）には、傷害罪ではなく、暴行罪の限度での共同正犯の成立に止めることになるのは当然である。」とした。
- 2 承継的共同正犯について、「強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合がありますので、承継的共同正犯の成立を認め得るであろうが、少なくとも傷害罪については、このような因果関係は認め難いので（法廷意見が指摘するように、先行者による暴行・傷害が、単に、後行者の暴行の動機や契機になることがあるに過ぎない。）、承継的共同正犯の成立を認め得る場合は、容易には想定し難い」とした。

◆ 大判大 11. 2. 25

「若し行為者間に意思の連絡を欠かんか、縦令其の一人が他の者と共同犯行の意思を以て其の犯罪に参加したりとするも、全員の協力に因りて犯罪事実を実行したるものと謂ふを得ざるが故に、共同正犯の成立を認むるを得ざるものとす」と判示し、**片面的共同正犯を否定した。**

◆ 名古屋高判昭 61. 9. 30

事案： 鉄工所の従業員甲乙は、溶接工事を行うに当たり、近接する可燃物が炎上する危険があるにもかかわらず遮蔽措置をとらないまま交替して溶接工事を行ったため現建造物を焼損した。

判旨： 「(1)被告人兩名の行った本件溶接作業は、まさに同一機会に同一場所で……溶接固定するという一つの目的に向けられた作業をほぼ対等の立場で交互に（交替して）一方が、溶接し、他方が監視するという方法で二人が一体となって協力して行った（一方が他方の動作を利用して行った）ものであり、また、(2)被告人兩名の間には、あらかじめ前説示の遮へい措置を講じないまま本件溶接作業を始めても、作業中に一方が溶接し他方が監視し作業終了後に溶接箇所にはけつ一杯の水を掛ければ大丈夫である（可燃物への着火の危険性はない）からこのまま本件溶接作業にとりかかろうと考えていること（予見義務違反の心理状態）についての相互の意思連絡の下に本件溶接作業という一つの実質的危険行為を共同して（危険防止の対策上も相互に相手の動作を利用し補充し合うという共同実行意思の下に共同して）本件溶接作業を遂行したものと認められる。つまり、被告人兩名は、単に職場の同僚としてあらかじめ前記措置を講ずることなくして前記危

険な溶接作業（実質的危険行為）をそれぞれ独立に行ったというものではない。このような場合、被告人両名は、**共同の注意義務違反行為の所産**としての本件火災について、業務上失火の同時犯ではなく、その共同正犯としての責任を負うべきものと解するのが相当」と判示し、業務上失火罪の共同正犯を認めた。

◆ 東京地判平 4. 1. 23／百選 I [80]

事案： 甲・乙は、地下洞道において、点火したトーチランプを各自一個ずつ使用し、電話ケーブルの断線箇所を発見する作業をしていたところ、断線箇所が発見されたので、両名はその修理方法を検討するため一時洞道外に退出したが、その際二個のトーチランプの炎が確実に消火しているかどうかについて、何ら相互の確認をすることなく、ランプを電話ケーブル防護シートの近くに置いたまま同所を立ち去ったため、一個のランプから右シート等に着火させ、さらに電話ケーブル等に延焼させ、よって電話ケーブル合計 104 条及び洞道壁画 225 メートルを焼損し、公共の危険を生じさせた。

判旨： 「数名の作業員が数個のトーチランプを使用して共同作業を行い、一時、作業を中断して現場から立ち去るときには、作業慣行としても、各作業員が自己の使用したランプのみならず共同作業に従事した者が使用した全てのランプにつき、相互に指差し呼称して確実に消火した点を確認し合わなければならない業務上の注意義務が、共同作業者全員に課せられていたことが認められる」。

しかるに、甲・乙が右注意義務を怠り、前記トーチランプの消火について何等の確認をせずに防護シートに近接させたまま同所を立ち去った行為については、甲・乙両名が「過失行為を共同して行ったことが明らかである」。

「本件のごとく、**社会生活上危険かつ重大な結果の発生することが予想される場合においては、相互利用・補充による共同の注意義務を負う共同作業者が現に存在するところであり、しかもその共同作業者間において、その注意義務を怠った共同の行為があると認められる場合には、その共同作業者全員に対し過失犯の成立が認め**」られる。

◆ 最判昭 32. 2. 26／百選 I [50]

事案： 妻 A と口論し、ついに憤慨した夫甲は、A を仰向けに引き倒して両手で頸部を圧迫したので、それが間接的誘因となって A をショック死させた。

判旨： 「傷害致死罪の成立には暴行と死亡との間に因果関係の存在を必要とするが、**致死の結果についての予見を必要としないこと**当裁判所の判例とするところであるから、原判示のような因果関係の存する以上被告人において致死の結果をあらかじめ認識することの可能性ある場合でなくても被告人の判示所為が傷害致死罪を構成することというまでもない」として、甲を傷害致死罪とした。

◆ 最判昭 26. 3. 27/百選 I [79]

事案： 甲～丁は、某家に侵入し現金を強取後、非常ベルが鳴ったため逃走した。警察官に追いつかれ逮捕されそうになった乙は、逮捕を免れるため同警察官に斬りつけ出血死させた。

判旨： 「強盗について共謀した共犯者等はその一人が強盗の機会においてなした行為については他の共犯者も責任を負うべきものであること当裁判所の判例とする処である」として、全員を強盗殺人罪とした。

◆ 最決平 4. 6. 5/百選 I [88]

事案： XはAに侮辱されたことに憤激し、Aが店長をしているフィリピンパブに押しかけることを決意した。Xは同行を渋る友人Yに包丁を携帯させてパブに向かい、実際にはAと面識がないのに、Yに対し、「おれは顔が知られているからお前先行ってくれ。けんかになったらお前を放っておかない」などと言い、さらに、Aを殺害することもやむを得ないとの意思の下に、「やられたらナイフを使え」と指示するなどして説得した。

Yは内心ではAに対し自分から進んで暴行を加えるまでの意思はなく、Aとは面識がないからいきなり暴力を振るわれることもないだろうと考え、パブ出入口付近でXの指示を待っていたところ、予想外にも、AにXと取り違えられ、いきなり激しい暴行を受けた。Yは頼りにしていたXの加勢も得られなかったので、自己の生命身体を防衛する意思で、とっさに包丁を取り出し、Aを殺害してもやむを得ないと決意し、Xとの共謀の下に、包丁でAを刺したため、Aは死亡した。

控訴審（原審）は、過剰防衛の成否は各人ごとに判断すべきとの見解により、Yにのみ過剰防衛の成立を認めた。

決旨： 上告棄却。

「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきそれぞれその要件を満たすかどうかを検討して決するべきであって、共同正犯者の一人について過剰防衛が成立したとしても、その結果当然に他の共同正犯者についても過剰防衛が成立することになるものではない。原判決の認定によると、Xは、Aの攻撃を予期し、その機会を利用してYをして包丁でAに反撃を加えさせようとしていたもので、積極的な加害の意思で侵害に臨んだものであるから、AのYに対する暴行は、積極的な加害の意思がなかったYにとっては急迫不正の侵害であるとしても、Xにとっては急迫性を欠く」として、原審同様、Yのみに過剰防衛の成立を認めた。

◆ 最判平 6.12.6/百選 I [96]

事案： Xは、YZと夜間舗道上で雑談していたところ、酩酊して通りかかったAと言い争いになり、AがXの仲間の女性Sの髪を引っ張る等の乱暴を始めたため制止したが、AはSの髪をつかんだまま、20メートル程度Sを引っ張って行った。Xらが追いかけて行き暴行を加え、ようやくAはSの髪から手を放したものの、近くにいたYらに向かって悪態をつき、なおも応戦する氣勢を示しながら、後ずさって行った。

そして、Xらもほぼ一団となってAを追って行き、Yが、応戦の態度を崩さないAに手拳で殴り掛かり、顔をかすった程度であったため、再度殴りかかろうとしたが、仲間がこれを制止し、さらにYがZの制止を振り切ってAの顔面を手拳で殴打し、そのためAは転倒してコンクリート床に頭部をぶつけ、入院加療約7カ月半を要する傷害を負った。

その際、Xは自ら暴行を加えてはいないが、Yの暴行を制止しようとしたわけでもなかった。このような場合に、Yの追撃行為について、Xも共同正犯として責任を負うかが争われた。

判旨： 「本件のように相手方の侵害に対し、複数人が共同して防衛行為としての暴行に及び、相手方からの侵害が終了した後に、なおも一部の者が暴行を続けた場合において、後の暴行を加えていない者について正当防衛の成否を検討するに当たっては、侵害現時と侵害終了後に分けて考察するのが相当であり、侵害現時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべきであって、共謀の成立が認められるときに初めて、侵害現時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察し、防衛行為としての相当性を検討すべきである。」

AがSの髪を放すに至るまでの「反撃行為」とその後の「追撃行為」についてはこれを分けて考察し、反撃行為については「いまだ防衛手段としての相当性の範囲を超えたものということとはできない」から、正当防衛が成立する。

追撃行為については、XがYの暴行を制止しているわけではないが、Aを追いかける際、Xらが「ほぼ一団となっていたからといって」、Xらの間に「Aを追撃して暴行を加える意思があったものと即断することはできないし、「Xについては、追撃行為に関し、Aに暴行を加える意思を有し、Y及びZとの共謀があったものと認定することはできないというべきである」。

以上によれば「Xに関しては、反撃行為については正当防衛が成立し、追撃行為については新たに暴行の共謀が成立したとは認められないのであるから、反撃行為と追撃行為とを一連一体のものとして総合評価する余地はな」と判示して、Xを無罪とした。

◆ 最決平 18.11.21/H19 重判 [4]

事案： 脱税したことへの対応を相談されたAから証拠隠滅の教示を受けて強く勧められた被告人が、Aに証拠を隠滅させたが、Aにおいて被告人が証拠隠滅の提案を受け入れなかったり、その実行を自己に依頼してこなかったりした場合にまで、なお証拠隠滅を遂行しようとするような動機、その他の事情の存在はみとめられなかった。

決旨： 「なるほど、Aは、……具体的な証拠偽造を考案し、これを被告人に積極的に提案していたものである。しかし、本件において、Aは、被告人の意向にかかわりなく本件犯罪を遂行するまでの意思を形成していたわけではないから、……、被告人が……実行を依頼したことによって、その提案どおりに犯罪を遂行しようというAの意思を確定させたものとみとめられるのであり、被告人の行為は、人に特定の犯罪を実行する決意を生じさせたものとして、教唆に当たるといふべきである。」

◆ 大判大 13. 4. 29/判例刑法総論 [352]

「苟も人を教唆して他人に暴行を加えしめたる以上は、其の暴行の結果他人の身体を傷害し因って死にいたらしたるに於ては、教唆者は**傷害致死の罪責に任ぜざるべからざる**や事理の当然と言うべし」。

◆ 東京高判平 2. 2. 21/百選 I [86]

事案： 乙から「宝石を奪うのでお前の倉庫を使わせてもらいたい」といわれた甲が、乙のために倉庫外に音が漏れないよう目張りをしておいたところ、乙は結局その倉庫を使用せずに強盗行為に及んだ。

判旨： 「被告人の地下室における目張り等の行為が乙の現実の強盗殺人の実行行為との関係では全く役に立たなかった……場合、それにもかかわらず、被告人の地下室における目張り等の行為が乙の**現実の強盗殺人の実行行為を幫助した**といひ得るには、**被告人の目張り行為等が、それ自体、乙を精神的に力づけ、その強盗殺人の意図を維持ないし強化することに役立ったことを要すると解さなければならない。**」として、被告人の目張り行為等が乙に認識された事実すらない場合には、正犯者を精神的に力づけ、その実行行為の企図を維持ないし強化することに役立ったことを認めることはできないとした。

◆ 最決平 23. 12. 19/百選 I [87]

事案： 甲は、W i n n y（適法な用途にも、著作権侵害という違法な用途にも利用できるファイル共有ソフト）を開発し、その改良を繰り返しながら順次ウェブサイト上で公開し、インターネットを通じて不特定多数の者に提供していたところ、正犯者2名がW i n n yを利用して著作権者の有する著作物の公衆送信権（著作 23 I）を侵害する行為を行った。正犯者の各犯行に先立って行われた、甲によるW i n n yの最新版の公開、提供行為が正犯者らの著作権法違反罪の幫助犯にあたるかが争われ、主に故意の有無が問題となった。

決旨： 「ソフトの提供行為について、幫助犯が成立するためには、一般的可能性を超える**具体的な侵害利用状況が必要であり、また、そのことを提供者においても認識、認容していることを要する**」。すなわち、①「ソフトの提供者において、当該ソフトを利用して現に行われようとしている具体的な著作権侵害を認識、認容しながら、

その公開、提供を行い、実際に当該著作権侵害が行われた場合」や、②「当該ソフトの性質、その客観的利用状況、提供方法などに照らし、同ソフトを入手する者のうち例外的とはいええない範囲の者が同ソフトを著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められる場合で、提供者もそのことを認識、認容しながら同ソフトの公開、提供を行い、実際にそれをういて著作権侵害が行われたとき」に限り、当該ソフトの公開、提供行為がそれらの著作権侵害の幫助行為に当たる。本件は、客観的には上記②の場合にあたるが、甲がその点を認識、認容していたとまで認めることは困難であるから、本件著作権法違反罪の幫助犯の故意を欠く。

◆ 東京地判昭 63. 7. 27 / 百選 I [85]

事案： 甲等から、情を告げられないで拳銃を隠したテーブルの日本への発送を依頼された乙が、拳銃の存在を途中から未必的に認識したにもかかわらず発送手続を行い、拳銃密輸を容易にした。

判旨： 甲等と乙の間に共謀は認められないが、「乙は甲等に利用され、本件テーブルの形式的な発送手続を行おうとしたが、右手続中甲等の密輸入行為につき未必的な認識を持つに至ったものの、実兄からの依頼ということもあって、これを幫助する意思のもとに、そのまま右発送手続を完了させたものと認められる」から、「幫助犯を認めるのが相当」と判示し、密輸の片面的従犯とした。

◆ 大判大 14. 1. 22

事案： 甲は、賭博場開帳行為を幫助するために賭者を誘引し賭博をさせたが、賭博場開帳の正犯はその行為を認識していなかった。

判旨： 「共同正犯の成立には其の主観的要件として共犯者間に意思の連絡、即ち共犯者が相互に共同犯罪の認識あることを必要とすれども、従犯成立の主観的要件としては、従犯者において正犯の行為を認識しこれを幫助するの意思あるを以て足り、従犯者と正犯者との間に相互的意思連絡あることを必要とせ（ざ）るを以て、正犯者が従犯の幫助行為を認識するの意思を必要なきものとす」と述べて片面的従犯を認めた。

◆ 最決昭 44. 7. 17 / 百選 I [84]

事案： 甲は乙または乙の得意先の者がそれぞれ不特定多数人に観覧せしめることの情を知りながら、乙に自己所有のわいせつ映画フィルムを貸与した。その結果、乙は自己の得意先の丙に右フィルムを貸与し、丙はこれを十数人に対し観覧させた。このような場合に、甲にわいせつ図画公然陳列罪の従犯が成立するか争われた。

判旨： 「被告人が、乙またはその得意先の者において不特定の多数人に観覧せしめるであろうことを知りながら、本件の猥せつ映画フィルムを右乙に貸与し、乙からその得意先である丙に右フィルムが貸与され、丙においてこれを映写し十数名の者に観覧させて公然陳列するに至ったという本件事案につき、被告人は正犯たる丙の行為を間接に幫助したものであるとして、従犯の成立を認めた原判決の判断は相当である。」

◆ 最判昭 23. 3. 16/百選 I [第 6 版] [77]

事案： 窃盗を共謀し、知り合いが窃盗をするのを屋外で見張っていた場合に、窃盗罪の共同正犯となるか否かが争われた。

判旨： 「数人が強盗又は窃盗の共謀をした場合において、共謀者のある者が屋外の見張り行為をした場合でも、共同正犯は成立する」。

◆ 最決昭 57. 7. 16/百選 I [77]

事案： Yから大麻密輸入計画を持ちかけられたXが、自分の代わりにZを実行犯として紹介、大麻の一部をもらい受ける約束のもとに資金の一部を提供した。

判旨： 「原判決の認定したところによれば、Xは、タイ国からの大麻密輸入を計画したYから、その実行担当者になって欲しい旨頼まれるや、大麻を入手したい欲求にかられ、執行猶予中の身であることを理由にこれを断ったものの、知人のZに対し事情を明かして協力を求め、同人を自己の身代わりとしてYに引き合わせるとともに、密輸入した大麻の一部をもらい受ける約束のもとにその資金の一部（20 万円）をYに提供したというのであるから、これらの行為を通じXが右Y及びZらと本件大麻密輸入の謀議を遂げたと認めたと認めた原判断は、正当である」として、Xも共同正犯者だとしている。

◆ 福岡地判昭 59. 8. 30/百選 I [78]

事案： 被告人Xは、Yほか三名とAを殺害して覚せい剤を強取することを計画した。XはYとともに売買の取り次ぎ役を装い、客に見せるからと偽ってAから覚せい剤を受け取り、そのまま現場から逃走した。他の共犯者がAを殺害しようとしたが未遂に終わった。

判旨： 「およそ共同正犯が成立するためには、各行為者にそれぞれ共同実行の意思が認められることも必要である」が、「単に実行行為の一部を分担したことの一事のみで、常に共同実行の意思ありと解するのは相当でないと言ふべきであって、」「特段の事情の存する場合においては、たとえ当該行為者が形式上実行行為の一部に該当する行為を行った場合であっても、共同実行の意思の存在を否定して、幫助犯の成立を認めるのが相当である。」

◆ 大阪高判平 8. 9. 17

事案： 被告人Xは、暴力団組員で、Aが経営する店の用心棒をしていたが、同じく暴力団組員のYがAから金銭を脅し取ろうとしていることを知りながら、Yの依頼により、AをYに引き合わせ、さらにYに代わって喝取金を受け取った。このようなXに、恐喝罪の共同正犯と幫助犯のいずれが成立するかが争われた。

判旨： 「Xは、……本件恐喝の犯行の実現に相当程度寄与していることは明らかであるけれども、恐喝の実行行為を分担したものとは認められず（原判決は、喝取金の受領行為を恐喝行為の典型的な実行行為の一部であると説示しているが、喝取金の交付を受

ける行為は、それが恐喝の犯意のある者によって行われた場合にのみ恐喝の実行行為に当たるといふべきである。) 、Aの経営する店の用心棒という関係にあり、しかも、……当初は、20万円程度の金銭でことを治めようと考えてその旨Aから了解をとり、Yに働きかけ、Aが現金300万円を支払うことになった後も、Yに値引き交渉をしていること、Yから分け前の趣旨で50万円を受け取ったが、それは、Aが持参した300万円をYのもとへとどける段になって同人が言い出したことによるものであり、さらに、右50万円のことを遅くとも翌日にはAに告げ、その処理について同人の意見を聞こうとしていることなどにかんがみると、XにYらの行為を利用し同人とともに恐喝罪を行おうとする犯意があったとは認めがたい。してみるとXは実行行為を分担しておらず、Yらの間で共謀があったと認めることもできない」とし、Xには恐喝罪の幫助の成立を認めた。

◆ 大判大 9. 3. 16

A方に侵入して金銭を窃取することを教唆したところ、被教唆者が誤ってB方に侵入し衣類を窃取した場合にも、窃盗罪の教唆犯が成立する。

◆ 最判昭 23. 5. 1

甲は乙がA方に侵入して窃盗を犯すものと信じて屋外で見張りをしていたところ、乙はB宅へ侵入して窃盗を犯した場合、住居侵入窃盗罪の従犯の成立を妨げるものではない。

◆ 最判昭 25. 7. 11/百選 I [89]

事案： 甲は乙に対し住居侵入窃盗を教唆したところ、乙は住居侵入強盗を行った。

判旨： 「いやしくも右乙の住居侵入強盗の所為が、被告人甲の教唆に基づいてなされたものであると認められる限り、被告人甲は住居侵入窃盗の範囲において、右乙の強盗の所為について教唆犯としての責任を負うべきは当然である」。

◆ 最決昭 54. 4. 13/百選 I [90]

甲乙等はAに傷害を加えることを共謀しAに挑発的な罵声・怒声を浴びせていたところ、Aの態度に激昂した甲が殺意をもってAの下腹部を小刀で突き刺し、Aを死亡せしめた事案において、乙等を傷害致死罪の共同正犯とした。

◆ 松江地判昭 51. 11. 2/百選 I [第6版] [95]

事案： 甲が首謀者となって乙丙等とともにA殺害を共謀し、丙等がA殺害のために現場に赴き、乙も犯行現場に向かおうとした際、甲が皆を連れて帰るよう乙に指示したが、乙がAを殺害した。

判旨： 「一般的には犯罪の実行を一旦共謀したものでも、その着手前に他の共謀者に対して自己が共謀関係から離脱する旨を表明し、他の共謀者もまたこれを了承して残余のものだけで犯罪を実行した場合、もはや離脱者に対しては他の共謀者の実行した犯罪について責任を問うことはできないが……離脱しようとするものが共謀者団

体の頭にして他の共謀者を統制支配しうる立場にあるものであれば、離脱者において共謀関係がなかった状態に復元させなければ、共謀関係の解消がなされたとはいえない」「甲がこの共謀関係から離脱することを欲するのであれば、すでに右共謀に基づいて行動を開始していた他の被告人ら……に対し、A殺害計画の取止めを周知徹底させ、共謀以前の状態に回復させることが必要」であると判示し、甲の離脱を認めなかった。

◆ 福岡高判昭 28. 1. 12

事案： 甲が乙丙から強盗をもちかけられ、それに応じてA宅の見取図を乙に手渡した。しかし、甲は実行の直前に非を悟り、乙に「俺は降りさせてもらおう」と電話で一方的に通告し、残った乙丙が翌日A宅に侵入し強盗をはたらいた。

判旨： 「一旦強盗を共謀したものと雖も、該強盗に着手前他の共謀者に対しこれより離脱すべき旨表意し該共謀関係から離脱した以上、たとい後日他の共謀者において、該犯行を遂行してもそれは、該離脱者の共謀による犯意を遂行したものである」とし、強盗の共同正犯を否定し、強盗予備罪のみの責任を認めた。

◆ 最決平 21. 6. 30/百選 I [94]

事案： 被告人は、共犯者らと住居侵入・強盗の共謀を遂げて犯行現場付近の車内で強盗の実行に及ぶべく待機していた。見張り役の共犯者は、共犯者2名（第1グループ）が住居侵入を遂げた後、強盗の実行に着手する前に、周囲に人が集まってきたことから犯行の発覚をおそれて第1グループに電話し、「もう少し待って」などと言う第1グループに対して「危ないから待てない。先に帰る。」と一方的に告げて電話を切り、被告人待機の自動車に乗り込んだ。被告人ら（第2グループ）は、話し合った結果一緒に逃げることにし、被告人運転の自動車に立ち去った。第1グループは、いったん被害者方から出て、第2グループが立ち去ったことを知ったが、付近に待機中であった他の共犯者（第3グループ）とともにそのまま強盗を実行し、その際に加えた暴行で被害者を負傷させた。被告人についても住居侵入及び強盗致傷の共同正犯を認めた原審に対して、被告人が上告した。

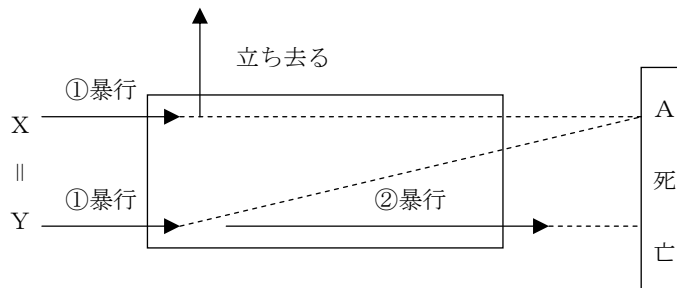
決旨： 「（認定された事実によれば）……被告人が離脱したのは強盗行為に着手する前であり、たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し、残された共犯者らが被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共犯関係が解消したということとはできず、その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当である。」として、原審を支持した。

◆ 最決平元. 6. 26/百選 I [95]

事案： XY両名は、スナックで一緒に飲んでいてAの態度に憤り、AをY宅に連行したうえ、Aに対し約1時間ないし1時間半にわたり、手拳・木刀などで暴行を加えた。その後、Xは、「おれ帰る。」といてY宅を去ったが、自分はAにこれ以上暴行

を加えるのをやめるという趣旨のことを告げず、またYに対しても、以後Aに暴行を加えることをやめるよう求める等の措置をとらなかった。その後、YはAの言動に再び激昂して、Aの顔を木刀で突くなどの暴行を加え、Aを頸部圧迫等により死亡するに至らしめた（なお、A死亡結果が、Xが帰る前の暴行によって生じたものか、その後のYによる単独暴行によって生じたものかは明らかとならなかった）。

＜最決平元.6.26の事案の図解＞



Xの共犯関係からの離脱になんら言及することなくXに傷害致死罪の共同正犯の成立を認めた第1審に対し、原審（控訴審）は、「本件のように二人以上の者が他人に暴行を加えることを共謀し、かつ、共同してこもごも被害者に暴行を加えたようなときに、共犯者の一人あるいは一部の者の離脱ないし共犯関係の解消が認められるのは、離脱しようとした者がまず自己において被害者に暴行を加えることを止め、かつ、自分にはもはや共謀に基づいて暴行を加える意思がなくなったこと、すなわち共犯関係から離脱する意思のあることを他の共犯者らに知らせるとともに、他の共犯者らに対してもこれ以上暴行を加えないことを求めて、現に加えている暴行を止めさせたうえ、以後は自分を含め共犯者の誰もが当初の共謀に基づく暴行を継続することのない状態を作り出している場合に限られ」として、Xの共犯からの離脱を認めず、Xに傷害致死罪の共同正犯を成立させた。

決旨： 上告棄却。

「Xが帰った時点では、Yにおいてなお制裁を加えるおそれが消滅していなかったのに、Xにおいて格別これを防止する措置を講ずることなく、成り行きに任せて現場を去ったに過ぎないのであるから、Yとの間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということはできず、その後のYの暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である。」として、Xの共犯からの離脱を認めず、Xに傷害致死罪の共同正犯を成立させた。

◆ 最判昭24.12.17／百選I〔97〕

事案： 甲は愛児を病死させて多額の借財に窮し、Aを裕福なブローカーの家だと思って、乙と強盗を共謀してA方に侵入した。乙はAらに包丁を突きつけて金銭を要求し、甲もナイフを持って傍らに立っていたところ、Aの妻が「自分の家は教員だから金

はない」と言いながら 900 円を出したので、甲は金を取る気をなくし、乙に「(A には) 子供があるから(金を)置いて行ってやれ」と言って、何も取らずに一人で屋外に出た。しかし、乙は 900 円を手にして、そのまま屋外に出た。このような場合に、甲に強盗罪の中止犯が成立するか争われた。

判旨：「甲において、その共謀者たる乙が右金員を強取することを阻止せず放任した以上、甲のみを中止犯として論ずることはできない」とし、甲を強盗既遂とした。

◆ 最判昭 42.3.7/百選 I [91]

麻薬密輸入罪の「営利の目的」に関し、麻薬取締法 64 条 1 項は、「同法 12 条 1 項の規定に違反して麻薬を輸入した者に対しても、犯人が営利の目的をもっていたか否かという犯人の特殊な状態の差異によって、各犯人に科すべき刑に軽重の区別をしているものであって、刑法 65 条 2 項にいう『身分ニ因リ特ニ刑ノ軽重アルトキ』に当たる」と判示している。

◆ 大判大 2.3.18/判例刑法総論 [360]

事案： 甲・乙（非常習者）は丙（常習者）の賭博行為を幫助した。

判旨：「刑法 65 条第 1 項は犯人の身分を以て構成要件とせる犯罪に加功したるものは其身分あらざるも身分あるものの共犯として処分する事を規定したるものにして犯人の身分を以て其構成要件とせず単に刑の軽重の原因とせる犯罪に付ては何等関係なき条項なれば本件被告甲同乙の如く賭博の常習なき者が賭博常習者の犯罪を幫助したる場合に於ては同条項は之を適用すべき筋合いのものに非ず」と判示して、2 説に立った。

◆ 大判大 4.3.2

65 条 1 項の「共犯」にはすべての共犯形式が含まれる。

◆ 大判大 12.3.23

他人を教唆して自己の直系尊属を殺害させた事案において、65 条 2 項を適用し、尊属殺人罪の教唆犯の成立を認めた。

◆ 大判大 2.3.18

事案： 賭博の常習性のある者の賭博行為に賭博の常習性のない者が加功した。

判旨：「刑法第 65 条 1 項は、犯人の身分を以て構成要件とせる犯罪に加功したるものは其身分あらざるも其身分あるものの共犯として処分する事を規定したるものにして、犯人の身分を以て其構成要件とせず単に刑の軽重の原因とせる犯罪に付ては何等関係なき条項なれば、本件被告 X 同 Y の如く賭博の常習なき者が賭博常習者の犯罪を幫助したる場合に於ては同条項は之を適用すべきものに非ず」として、賭博の常習性のない者については、常習賭博罪の共犯ではなく単純賭博罪の共犯が成立するとした。

◆ 最判昭 32.11.19/百選 I [92]

事案： 中学校建設資金を占有する者でない S 村の村長 X と助役 Y が、右資金の業務上占有者である収入役 Z と共謀して右資金を横領した。

判旨：「(XY は) かかる業務に従事していたことは認められないから、刑法 65 条 1 項により同法 253 条に該当する業務上横領罪の共同正犯として論ずべきものである。しかし、同法 253 条は横領罪の

犯人が業務上物を占有する場合において、とくに重い刑を科することを規定したものであるから、業務上物の占有者たる身分のない被告人兩名に対しては同法 65 条 2 項により同法 252 条 1 項の通常の横領罪の刑を科すべきものである」。

◆ 最決昭 37. 11. 8/百選 I [81]

事案： 乙から A を殺害したいので毒薬を入手して欲しいと頼まれた甲が、青酸ソーダを乙に提供した（なお、乙はこの青酸ソーダを使用することなく、全く別の方法で A を殺害した）。この場合に、甲に殺人予備罪の共同正犯が成立するか争われた。

判旨： 「被告人の判示所為を殺人予備罪に問疑した原判決の判断は正当と認める」と判示して、殺人予備罪の共同正犯の成立を肯定した。

◆ 大阪高判昭 62. 10. 2/百選 I [第 4 版] [83]

事案： 乙が甲らと被害者 A を車で連行し、甲が「A を殺害する」と言い出したため、そのような場合には殺害を制止しようと甲と行動をともにしたが、次第に甲による A 殺害もやむを得ないと考えようになり、山林内で自分がその場を離ればその隙に甲が A を容易に殺害してしまうであろうことが十分考えられ、他に殺害を阻止しうる者が存在しないにもかかわらず、甲にスコップやつるはしを取ってきてくれと頼まれてその場を離れたところ、その間に甲が A を殺害した。

判旨： 「右……指摘の事実関係のもとにおいては、乙は、甲からスコップやつるはしの持参を依頼されても、これに応ずることなく同席を続け、甲による A 殺害を阻止すべき義務を有していたと解すべきである。しかるに、乙は、前記……記載の（自己の不在中甲が A 殺害の挙に出ることを予測・認容したという）意図のもとに、約 10 分間その場を離れることにより、甲の A 殺害を容易ならしめたものであるから、不作為による殺人幫助罪の刑責を免れないというべきである」。

もともと、「乙に課せられる前示のような作為義務の根拠及び性質、並びに乙の意図が前示のように A の殺害を積極的に意欲したのではなく、単に、これを予測し認容していたに止まるものであること等諸般の事情を総合して考察すると、……乙の行為を、作為によって人を殺害した場合と等価値なものとは評価し難く、これを不作為による殺人罪（正犯）に問擬するのは、相当でないというべきである」。

◆ 大阪高判平 2. 1. 23

事案： 乙が義理の妹甲に頼まれて飲食店・料理店の営業許可をとり、その名義を甲に貸与したところ、甲が店を売春のための場所として提供することを業とするようになっていたにもかかわらず、これを知りつつ阻止しなかった点が、不作為による売春防止法 11 条 2 項の従犯（幫助犯）にあたるかが争われた。

判旨： 「不作為による幫助犯については、不真正不作為犯自体に実質的にみて犯罪成立の限界が不明確になりがちであるという点で罪刑法定主義にかかわる問題があり、さらにそれが正犯の犯罪（刑罰）拡張事由としての幫助犯にかかる場合であるから、その根拠となる法的作為義務の認定は特に慎重でなければならず、あくまで例外と

してその成立が明白な場合に限定されなければならない」とした上で、客観的にみれば乙の先行行為が甲の犯行を容易ならしめた一事情であることは否定できないが、営業許可名義の貸与は売春行為と直接関係なく、名義貸与の時点で甲の犯行の意図を認識せず、さらに将来そのような行為が行われることも予見していなかったとして、**不作為による従犯の成立を否定した。**

◆ 東京高判平 11. 1. 29 / H11 重判〔4〕

事案： H市内のビル内にあるゲームセンターの従業員である被告人Bは、従業員仲間であるAから、Cら4名が同じビル内で同じ経営者の経営するパチンコ店の売上金を集金した集金人から現金を強取すること、及び犯行にあたりAが集金車がくることをC等に電話で知らせる計画があることを打ち明けられ、犯行を黙認するように求められたところ、この求めに応じ、Aを安堵させるとともに、その後も、A・C等による犯行を阻止したり、その被害を避けるための措置を何ら講ぜずに経過して、同人等による金員強取を容易にした。

判旨： 「思うに、正犯者が一定の犯罪を行おうとしているのを知りながら、それを阻止しなかったという不作為が、幫助行為に当たり、幫助犯を構成するというためには、**正犯者の犯罪を防止すべき義務が存在することが必要である**といえるのである。そして、こうした犯罪を防止すべき義務は、**正犯者の犯罪による被害法益を保護すべき義務**（以下、『保護義務』という。）に基づく場合と、**正犯者の犯罪実行を直接阻止すべき義務**（以下、『阻止義務』という。）に基づく場合が考えられるが、この保護義務ないし阻止義務は、一般的には、**法令、契約あるいは当人のいわゆる先行行為にその根拠を求めるべきもの**と考えられるところ、本件に即してみると、……同金庫からの収集と本社への搬送は、もっぱら本社社員によって行われていたのであるから、……被告人Bの職務の対象から離れているので、同被告人に……集金人によって確実に本社に搬送されるよう努める義務、すなわち前記保護義務を認めることはできない。さらに、……被告人Bは、他の従業員らを管理・監督するような人事管理上の職務を行っていたわけではなく、……被告人Aの行状を監督する職務を特に負っていたものではないから、被告人Bに職務上被告人Aの本件のごとき犯行を阻止すべき義務があったということとはできない。

なお、……職務とは関係なく、従業員としての地位一般から、保護義務あるいは阻止義務を認めることはできないといわなければならない。ただ、もしそうした義務が是認されることがあるとすれば、**犯罪が行われようとしていることが確実に明確な場合**に限られる。……被告人Bが本件犯行が実行される以前に、それが明確確実に実行されるとの認識を持ったものと、にわかには断定することはできない……。そうすると、前記のように、従業員たる地位一般から保護義務ないし阻止義務が是認される場合があるとしても、被告人Bの場合それに該当するものと認めることはできない」。

◆ 札幌高判平 12.3.16/百選 I [83]

事案： Xは、内縁関係にあるAがXの次男Bに対し顔面、頭部を殴打するなどのせっかんを加え同人を死亡させた際、Aがせっかんを開始したことを認識しつつ、Aの行動には無関心を装っていた。

原審は、「不作為による幫助犯が成立するためには、他人による犯罪の実行を阻止すべき作為義務を有する者が、犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにもかかわらず、これを放置しており、要求される作為義務の程度及び要求される行為を行うことの容易性等の観点からみて、その不作為を作為による幫助と同意し得ることが必要と解すべきである。」とした上で、XはAの暴行を実力により阻止することが著しく困難な状況にあったとして、不作為による傷害致死幫助罪の成立を否定した。

判旨： 「原判決が掲げる『犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにもかかわらず、これを放置した』という要件は、不作為による幫助犯の成立には不必要というべきである。」

「AとBの側に寄ってAがBに暴行を加えないように監視する行為は、……Aにとっては、Dへの暴行に対する心理的抑制になったものと考えられるから、右作為によってAの暴行を阻止することは可能であった」。「次に、Aの暴行を言葉で制止する行為……によってAの暴行を阻止することも相当程度可能であった」。「最後に……Aの暴行を実力により阻止することが著しく著しく困難な状況にあったとはいえない」。

したがって、「被告人の行為は、不作為による幫助犯の成立要件に該当し、被告人の作為義務の程度が極めて強度であり、比較的容易なものを含む前記一定の作為によってAのBに対する暴行を阻止することが可能であった」として、傷害致死罪の不作為による幫助犯の成立を肯定した。

罪数論

◆ 最判昭 24. 7. 23/百選 I [99]

事案： 被告人が、夜中約 2 時間内に 3 回にわたり同一倉庫から玄米 3 俵ずつ合計 9 俵を窃取した場合において、何個の窃盗罪が成立するかが争われた。

判旨： 「右三回における窃盗行為は僅か二時間余の短時間のうちに同一場所で為されたもので同一機会を利用したものであることは挙示の証拠からも窺われるのであり、且ついずれも米俵の窃取という全く同種の動作であるから単一の犯意の発現たる一連の動作であると認めるのが相当である」と判示し、一個の窃盗罪が成立するとした。

◆ 最決平 26. 3. 17/H26 重判 [4]

事案： 約 4 か月の間又は約 1 か月の間に、同一人に対し、ある程度限定された場所で、共通の動機から繰り返し犯意を生じ、同態様の暴行を反復累行し、傷害を負わせた場合の罪数が問題となった。

決旨： 一連の暴行によって被害者に傷害を負わせた事実は、「いずれの事件も、約 4 か月間又は約 1 か月間という一定の期間内に、被告人が、被害者との上記のような人間関係を背景として、ある程度限定された場所で、共通の動機から繰り返し犯意を生じ、主として同態様の暴行を反復累行し、その結果、個別の機会の暴行と傷害の発生、拡大ないし悪化との対応関係を個々に特定することはできないものの、結局は一人の被害者の身体に一定の傷害を負わせたというものであり、そのような事情に鑑みると、それぞれ、その全体を一体のものとして評価し、包括して一罪と解することができる」。

◆ 最決平 22. 3. 17/百選 I [101]

事案： 被告人である X は、難病の子供たちの支援活動を装い、街頭募金の名の下に通行人から現金をだまし取り個人的用途に費消しようとして、約 2 か月間にわたり、事情を知らない多数の募金活動員を通行人の多い複数の場所に配置し、募金の趣旨を立看板で掲示させるとともに募金箱を持たせ、「難病の子供たちを救うために募金に協力をお願いします」などと寄付を勧誘する発言を連呼させるなどして、不特定多数の通行人に対し、募金活動をさせた。そして、寄付金が難病の子供たちへの支援金に充てられるものと誤信した不特定多数の通行人に現金を寄付させ、総額 2480 万円もの現金をだまし取った。

本件では、X の本件犯行が詐欺罪の併合罪となるか、包括一罪となるかが争点となった。

決旨： X による本件犯行は、「個々の被害者ごとに区別して個別に欺もう行為を行うものではなく、不特定多数の通行人一般に対し、一括して、適宜の日、場所において、連日のように、同一内容の定型的な働き掛けを行って寄付を募るといった態様のものであり、かつ、X の 1 個の意思、企図に基づき継続して行われた活動であったと認められる。加えて、このような街頭募金においては、これに応じる被害者は、比較的少額の現金を募金箱に投入すると、そのまま名前も告げずに立ち去ってしまうのが通例であり、募金箱に投入された現金は直ちに他の被害者が投入したものと混和して特定性を失うものであって、個々に区別して受領するものではない。以上のような本件街頭募金詐欺の特徴にかんがみると、これを一体のものとして評価して包括一罪と解した原判断は是認できる。」

千葉補足意見： 「一般に、包括一罪として扱うためには、犯意が単一で継続していること、被害法益が一個ないし同一であること、犯行態様が類似していること、犯行日時・場所が近接していること等が必要であるとされることが多い」。これは、「特定の構成要件に該当する複数の行為を全体として一つの犯罪として評価するのに相応しいものであるかどうかという観点からみると、上記の犯意の単一性・継続性等々が認められれば、通常はそのような評価が可能になるからである」。そして、「これを基に、多数人に対し欺もう行為を行ったという詐欺罪について考えると、通常の犯行態様を念頭に置く限り、複数の被害者ごとに法益侵害があり、被害法益が一個とはいえないので、これを包括一罪として扱うことはできない」。しかし、「被害法益が一個であること等は、……包括一罪としてとらえることができるか否かを判断するための重要な考慮要素と考えるべきであり、これらのどれか一つでも欠ける場合は、それだけで包括一罪としての評価が不可能であるとまで言い切る必要はない。」「本件においては、犯意は一個であり、欺もう行為も全体として一連の行為

と見ることができよう。問題は、被害法益をどうとらえるかである。詐欺罪の保護法益は、個人の財産権であって、それは被害者ごとに存在するものであり、本件においてもその点は変わらない」。

本件は、被害者及び被害法益の特定性が希薄であるという「特殊性があり、それを被害者単位に犯罪が成立していると評価して併合罪として処理するのは適当でないと思われる。そして、実際上も、被害者及び被害金額を特定することは、多くの場合不可能であり、例外的に特定できたケースに限ってしか犯罪の成立を認めないという考え方は、街頭募金詐欺の上記の特殊性を無視するものであり、採り得ない」。

◆ 東京高判平 7.9.26

事案： 暴行を加えた後、脅迫的言辞を申し向ける行為は、暴行と脅迫とが包括一罪になるのか、併合罪になるのかが争われた。

判旨： 暴行罪の成立を認めた上で、「相手に暴行を加えた後に、引き続き、自己の要求に従わなければなお相手の身体等に同内容の危害を加える旨の氣勢を示した場合には、その脅迫行為は、先の暴行罪によって包括的に評価されて、別個の罪を構成しないものと解するのが相当であるところ、……、Aに対する本件脅迫は、Xが、Aに加えた本件暴行に引き続き、『男のけじめをつけろ』と語気鋭く申し向けて、同内容の危害を同人に加える旨の氣勢を示したものと認められるのであるから、本件脅迫は、別個の罪を構成しないものと解すべきである」とし、脅迫罪の成立を否定した。

◆ 最決昭 62.2.23/百選 I [100]

事案： Xは、窃盗などの多数の前科を有する者であるが、昭和 60 年 5 月 3 日飲食店に侵入し現金を窃取したとして、常習累犯窃盗罪（盗犯等防止法 2④）で同年 8 月 10 日に起訴された。他方、Xは同年 5 月 30 日頃、金槌とペンライトを隠匿携帯していたとして侵入具携帯罪（軽犯罪法 1③）で現行犯逮捕され、拘留 20 日に処せられ、この裁判は同年 8 月 2 日に確定していた。

この確定していた**侵入具携帯罪が常習累犯窃盗と包括一罪の関係に**立てば、5 月 30 日の常習累犯窃盗には一事不再理効が及び、免訴となることから問題となる。

決旨： 「機会を異にして犯された常習累犯窃盗と侵入具携帯の両罪は、たとえ侵入具携帯が常習性の発現と認められる窃盗を目的とするものであったとしても、**併合罪の関係にあると解するのが相当である**」。

◆ 最決昭 58.9.27/百選 I [第 6 版] [102]

身代金目的拐取罪と身代金要求罪と監禁罪の罪数関係が問題となった事案において、「**みのしろ金取得の目的で人を拐取した者が、更に被拐取者を監禁し、その間にみのしろ金を要求した場合には、みのしろ金目的拐取罪とみのしろ金要求罪とは牽連犯の関係に、以上の各罪と監禁罪とは併合罪の関係にあると解するのが相当である**」と判示した。

◆ 最決平 5.10.29

事案： Xは、名神高速自動車国道上のA地点で指定最高速度 80km のところ 145km で進行し、同所の速度違反自動取締装置で写真撮影されたがこれに気付かず、その後急カーブで約 100km に減速したほかは、時速 140 ないし 160km で進行を続け、約 10 分後、A地点から約 19.4km 離れたB地点を、指定最高速度 70km のところ 160km で進行し、同所に設置された速度違反自動取締装置で再度写真撮影された。A地点の速度違反は簡裁で略式命令が発せられ、平成 2 年 1 月 5 日に確定した。

これに対し、B地点の速度違反については、**第 1 審は**、速度違反の状態は、途中のカーブの減速で一旦解消され別個の行為だが、犯意が断絶していないので**包括一罪**であるとし、A地点での速度違反につき確定判決があることを理由に免訴を言い渡した。

決旨： 「本件においては制限速度を超過した状態で運転を継続した二地点間の距離が 19.4km も離れていたというのであり、前記のように道路状況等が変化していることにもかんがみると、その各地点における速度違反の行為は別罪を構成し、**両者は併合罪の関係にあるものと解すべきである**」。

◆ 最判平 15.7.10/H15 重判〔3〕

事案： 当時9歳の女子児童を略取して9年余りの歳月にわたって監禁し、その結果として傷害を与えた行為（逮捕監禁致傷罪）と、監禁中の被害者に着用させるために下着を窃取した行為（窃盗罪）とは、併合罪の関係に立つところ、量刑に際して行われる併合罪加重（刑法47条）について、同条の解釈が問題となった事案である。なお、逮捕監禁致傷罪は未成年者略取罪と観念的競合の関係に立つため、前者の重い刑での処断が前提となっている。

原審は、併合罪を構成する個々の罪の法定刑に意味をもたせて、例えば、逮捕監禁致傷罪（法定刑は懲役3月以上10年以下）につき懲役9年、窃盗罪（法定刑は懲役10年以下）につき懲役7年と評価して全体について懲役15年に処することはできるが、逮捕監禁致傷罪につき懲役14年、窃盗罪につき懲役2年と評価して全体として懲役15年に処することは許されず、逮捕監禁致傷罪については最長でも懲役10年（法定刑の上限）の限度で評価しなければならないとした。

これに対して、併合罪を構成する個々の罪の法定刑にとらわれず、各罪全体を有機的一体のものとして、その全体に対する統一刑を処断刑とすることができるとする立場も有力である。

そこで、刑法47条の法意として、原審の示したような制約が存在するのか否か、最高裁判所の判断が注目された。

判旨： 「刑法47条は、併合罪のうち2個以上の罪について有期の懲役又は禁錮に処するときは、同条が定めるところに従って併合罪を構成する各罪全体に対する統一刑を処断刑として形成し、修正された法定刑ともいふべきこの処断刑の範囲内で、併合罪を構成する各罪全体に対する具体的な刑を決することとした規定であり、**処断刑の範囲内で具体的な刑を決するに当たり、併合罪の構成単位である各罪についてあらかじめ個別的な量刑判断を行った上これを合算するようなことは、法律上予定されていないものと解するのが相当である。**

また、同条がいわゆる併科主義による過酷な結果の回避という趣旨を内包した規定であることは明らかであるが、そうした観点から問題となるのは、法によって形成される制度としての刑の枠、特にその上限であると考えられる。同条が、更に不文の法規範として、併合罪を構成する各罪についてあらかじめ個別的に刑を量定することを前提に、その個別的な刑の量定に関して一定の制約を課していると解するのは、相当でないといわざるを得ない。」とし、①未成年者略取罪と逮捕監禁致傷罪（観念的競合）と②窃盗罪とが併合罪関係にあり、②が軽微なときでも、併合罪加重による全体の処断刑の範囲は、懲役3月以上15年以下となり、その範囲内で刑を決するについて法律上特段の制約は存しないとされた。

◆ 最大判昭 49.5.29/百選 I〔103〕

事案： 酒酔い状態で車を運転した甲が、酒の酔いのため前方注視が困難になったにもかかわらず、そのまま運転を継続した過失により、歩行中のAに自車を衝突させて死亡させた場合において、酒酔い運転の罪（道交117の2①）と業務上過失致死罪（211前段）との関係が併合罪か観念的競合かが問題となった。

判旨： 「刑法54条1項の前段の規定は、一個の行為が同時に数個の犯罪構成要件に該当して数個の犯罪が競合する場合において、これを処断上の一罪として刑を科する趣旨のものであるところ、右規定にいう一個の行為とは、法的評価を離れ構成要件の観点を捨象した自然的観察のもとで、行為者の動態が社会的見解上一個のものとの評価をうける場合をいうと解すべきである」。

「本問の事例のような、酒に酔った状態で自動車を運転中に過って人身事故を発生させた場合についてみるに、もともと自動車を運転する行為は、その形態が、通常、時間的継続と場所的移動とを伴うものであるのに対し、その過程において人身事故を発生させる行為は、運転継続中における一時点一場所における事象であって、前記の自然的観察からするならば、両者は、酒に酔った状態で運転したことが事故を惹起した過失の内容をなすものかどうかにかかわらずなく、社会的見解上別個のものとして評価すべきであって、これを一個のものとすることはできない」。

「したがって、本件における酒酔い運転の罪とその運転中に行われた業務上過失致死の罪とは併合罪の関係にあるものと解するのが相当である」。

◆ 最大判昭 51.9.22/百選 I [104]

事案： 甲は、自動車を運転中過失により事故を起こしたが、負傷者の救護をせず、また事故を警察官に報告することもせず、現場から逃走した。そのため、業務上過失致死罪および、救護義務違反罪（道交 72 I 前段）、報告義務違反罪（同後段）に問われ、救護義務違反罪と報告義務違反罪の罪数関係が問題となった。

判旨： 「刑法 54 条 1 項前段にいう一つの行為とは、法的評価をはなれ構成要件の観点から捨象した自然的観察のもとで行為者の動態が社会的見解上一個のものと評価される場合をいい、不作為もここにいう動態に含まれる」。

「いま、道路交通法 72 条 1 項前段、後段の義務及びこれらの義務に違反する不作為についてみると、右の二つの義務は、いずれも交通事故の際『直ちに』履行されるべきものとされており、運転者等が右二つの義務に違反して逃げ去るなどした場合は、社会生活上、しばしば、ひき逃げというひとつの社会的出来事として認められている。……いわゆる自然的観察、社会的見解のもとでは、このような場合において右各義務違反の不作為を別個の行為であるとする事は、格別の事情がないかぎり是認しがたい見方であるというべきである」。

「車両等の運転者等が、一個の交通事故から生じた道路交通法 72 条 1 項前段、後段の各義務を負う場合、これをいずれも履行する意思がなく、事故現場から立ち去るなどしたときは、他に特段の事情がないかぎり、右各注意義務違反の不作為は社会的見解上一個の動態と評価すべきものであり、右各注意義務違反の罪は刑法 54 条 1 項前段の観念的競合の関係にあるものと解するのが、相当である」として、**観念的競合とする立場**を採った。

◆ 最決昭 57.2.17/百選 I [106]

事案： 甲は、乙が 2 回にわたって営利目的で覚せい剤を輸入し、覚せい剤取締法違反の罪を犯した際、あらかじめその情を知りながら、乙から覚せい剤仕入れ資金として渡された現金と乙の銀行預金を銀行保証小切手に替え、乙に交付し、乙の犯行を幫助した。

判旨： 「幫助罪は正犯の犯行を幫助することによって成立するものであるから、成立すべき幫助罪の個数については、正犯の罪のそれに従って決定されるものと解するのが相当である。……（本件の事案のもとでは）たとえ甲の行為が一個であっても、二個の覚せい剤取締法違反幫助の罪が成立すると解すべきである」。

「ところで、右のように幫助罪が数個成立する場合において、それらが刑法 54 条 1 項にいう一つの行為によるものであるか否かについては、幫助犯における行為は幫助犯のした幫助行為そのものにほかならないと解するのが相当であるから、幫助行為それ自体についてこれを見るべきである。本件における前示の事実関係のもとにおいては、甲の幫助行為は一個と認められるから、たとえ正犯の罪が併合罪の関係にあっても、被告人の二個の覚せい剤取締法違反幫助の罪は観念的競合の関係にあると解すべきである」として、共犯が成立する個数は正犯の罪の個数に従い、「一個の行為」によるものかどうかについては、幫助行為自体についてみるものとした。

◆ 最決昭 29.5.27/百選 I [105]

事案： 他人の住居に侵入して順次 3 人を殺害したときに、3 個の殺人罪と 1 個の住居侵入罪との罪数関係が問題になった。

判旨： 「所論三個の殺人の所為は所論一個の住居侵入の所為とそれぞれ牽連犯の関係にあり刑法 54 条 1 項後段、10 条を適用し一罪としてその最も重き罪の刑に従い処断すべき」として、かすがい現象を肯定した。

◆ 東京高判平 7. 12. 4

被告人が自首しようとして交番に行ったが、警察官が不在で犯罪事実の申告をなしえなかったところ、他の理由によって犯罪事実が発覚した事案について、東京高裁は、その接着する時間内に犯人自ら犯罪を捜査機関に申告して身柄の処分をゆだねたとみられる場合には、自首が認められるとした。

◆ 最大判昭 28. 6. 10

二つの罪が同時に審判されていたならば一括して執行猶予が言い渡されたであろう場合に比し著しく均衡を失い結局執行猶予の制度の本旨に副わないことになるという不合理な結果を生ずる場合に限り刑法 25 条 1 項 1 号の「刑に処せられた」とは実刑を言い渡された場合を指すものと解するのが相当、と判示した。

◆ 最大判昭 32. 2. 6

余罪について執行猶予を言い渡すべき場合には、「刑に処せられた」とは、**実刑を言い渡された場合を指し、執行猶予の付せられた場合を包含しない**。この場合 前者と後者とは、法律上併合罪の関係に在ることをもって足りるのであって、訴訟手続上又は犯行時期等の関係から、實際上同時に審判することが著しく困難若しくは不可能であるかどうか、又は同時に審判されたならば執行猶予を言い渡すことのできる情状があるかどうかというようなことは問題とならない、と判示した。

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) 2019 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU19384