

## 〔特別企画〕

## 「犯罪論における複数行為による結果惹起」の問題

高 橋 則 夫  
 山 口 祐 一 朗  
 鈴 木 隼 平  
 酒 井 優 大

- I 企画の趣旨
- II クロロホルム殺人事件
  - 1 事案の概要
  - 2 判 旨
  - 3 問題の所在
  - 4 考 察
    - (1) 実行の着手
    - (2) 故意既遂犯の成否
  - 5 まとめ
- III シャクティパット事件
  - 1 事案の概要
  - 2 判 旨
  - 3 本件事案の主な論点
  - 4 行為の個数の観点からの考察
    - (1) 行為の個数について
    - (2) 私的考察
    - (3) 高橋教授の考察（第1審）
    - (4) 高橋教授の考察（第2審）
  - 5 結 論
- IV 灰皿投げつけ事件
  - 1 事案の概要
  - 2 判 旨
  - 3 問題の所在
  - 4 過剰防衛の刑の減免の根拠からの考察
  - 5 判例の考察
  - 6 行為の一体性の判断について（私見）
  - 7 最後に
- V 総 括
  - 1 はじめに
  - 2 クロロホルム殺人事件
  - 3 シャクティパット事件
  - 4 灰皿投げつけ事件
  - 5 おわりに

## I 企画の趣旨

本稿は、①クロロホルム殺人事件（最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁）、②シャクティパット事件（最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁）、③灰皿投げつけ事件（最決平成20年6月25日刑集62巻6号1859頁）、という3つの判例を扱ったものである。これらは、いずれも刑法上の重要論点を多く含むものであるが、「複数行為による結果惹起」が問題となっているという点において共通している。しかし、この点に関して、なぜ判例がそのように認定したか十分な議論がなされておらず、学生にとって理解が難しい箇所でもあった。そこで、この問題を理解する機会として、上記判例について学生がそれぞれの立場から評釈し、それに対して教員がコメントすることで、学生と教員の意見の相違等からこの問題の理解を深めることを主題に執筆したものである。

もともと、法務研究科の学生によりなされた判例評釈に関しては、知識不足からいくつかの誤りがあるが、その誤りは、「複数行為による結果惹起の問題」と深く関連している箇所である。こういったポイントについて、どのように理解すべきかを明らかにするという点にも本稿の趣旨がある。

以下、①クロロホルム判例、②シャクティパット事件、③灰皿投げつけ事件の順に学生が評釈し、高橋教授がこれらについてコメントする。

## Ⅱ クロロホルム殺人事件 (最高裁平成16年3月22日第一小法廷決定)

早稲田大学大学院法務研究科2年  
山口祐一朗

### 1 事案の概要

甲は、夫Vを事故死に見せかけて殺害し生命保険金を詐取しようと考え、乙に殺害の実行を依頼し、同人は報酬欲しさからこれを引き受けた。甲から殺害の方法について委ねられていた乙は、実行犯3名を仲間に加え、犯行計画を指示した。平成7年8月18日夜、実行犯3名は、実行犯3名の乗った自動車をVの運転する自動車に衝突させ、示談交渉を装ってVを実行犯3名の自動車の助手席に誘い込み（実行犯3名によって助手席側ドアは、内側から開けることのできないように改造されてあった。）、午後9時30分頃クロロホルムを使ってVを昏倒させた（第1行為）。その後、実行犯3名はVを約2km離れた石巻工業港まで運び、被告人乙の到着を待ち、同日午後11時30分頃ぐったりとして動かないVをVの自動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（第2行為）。

犯行計画では、VをVの自動車ごと崖から海中に転落させ溺死させることになっており、乙及び実行犯3名は、クロロホルムを吸引させる行為により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、Vの死因は、溺水に基づく窒息であるか、そうでなければ、クロロホルム摂取による呼吸停止、心停止、窒息、ショック又は肺機能不全のいずれかであり、そのいずれかであるかは特定できず、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った。なお、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。

第1審判決<sup>1)</sup>は、甲、乙及び実行犯3名につき、殺人罪の成立を認めた。

第2審判決<sup>2)</sup>は、実行犯3名は、クロロホルムを吸引させる行為について、それが予定した殺害行為に密着し、それにとって重要な意味を有する行為であると認識しており、殺人の実行行為性の認識に欠けるところはないというべきであり、実行犯3名がクロロホルムを吸引させる行為を行うことによって、殺人の実行行為があったものと認定することができる。なお、その後、被害者を海中に転落させる殺害行為に及んでいるが、すでにクロロホルムを吸引させる行為により死亡していたとしても、それはすでに実行行為が開始された後の結果発生に至る因果の流れに関する錯誤の問題に過ぎないと判示し、第1審と同様に、甲、乙及び実行犯3名につき殺人罪の成立を認めた。

甲および乙は、第1行為に実行の着手は認められず、第1行為で被害者を殺害する認識はなかったのであるから、殺人の故意がなく、傷害致死罪が成立するにすぎないと主張し、上告した。

## 2 判 旨

最高裁は、弁護人の上告趣意は適法な上告理由に当たらないとして退けた上、次のとおり職権で判断を示し、殺人罪の成立を認めた原判断を是認して、各上告を棄却した。

「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行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、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、

<sup>1)</sup> 仙台地判平成14年5月29日刑集58巻3号201頁。

<sup>2)</sup> 仙台高判平成15年7月8日刑集58巻3号225頁。

たとえば、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ところはなく、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。」

### 3 問題の所在

本件において、Vは、クロロホルム吸引（第1行為）による呼吸停止等で死亡していた可能性があったとされているが、乙及び実行犯3名は、第1行為の危険性を認識しおらず、計画では、Vを自動車ごと崖から海中に転落させ溺死させること（第2行為）になっていた。こうしたことから、本決定のように、準備段階であった第1行為に実行の着手を認めることにどのような意義があるのか。また、予定外の結果について、いかなる理由から乙らに故意責任が認められるのかが問題となる。以下では、最高裁の示した論理とその妥当性について考察する。

### 4 考 察

#### (1) 実行の着手

本決定では、第1行為に殺人罪の実行の着手を認めるための要件として、①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こと、②第1行為が成功した場合それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められること、③第1行為と第2行為の間に時間的場所的接性があることを挙げている。これは、行為者の犯罪計画全体に照らし法益侵害の客観的危険が切迫した時点に実行の着手を認めるものであり、学説における計画説<sup>3)</sup>に該当する。もっとも、こういった実行の着手の判断は、通常、未遂罪が問題となるケースにおいてなされるものである。しかし、本決定では、未遂論についてではなく、実行行為性の判断をどの範囲で認めるかの問題を議論していると考えられる。なぜなら、本件では実行犯3名の行為によって実際にVが死亡していることから未遂論を議論する実益はなく、他方で、判旨の「一連の殺人行為に着手」という言葉から、2つの行為を「クロ

<sup>3)</sup> ここでいう計画説とは、佐伯仁志「未遂犯論」法教304号124頁（2006年）で指摘されている行為者の主観を考慮に入れて判断するもののうち、犯行計画まで考慮に入れて判断する見解である。

口ホルムを吸引させ自動車ごと転落させる行為」という 1 つの実行行為として評価されていることが推測できるからである。

では、2つの行為を1つの実行行為として評価する意義はどこにあるのか。本決定とは異なり、第1行為と第2行為を別個の実行行為として個別的に評価すると、第1行為については、ここからV死亡という結果が生じていたとしても、乙らには生命に対する危険を有する行為であるという認識がなく、殺人の故意が認められないため、刑法38条2項により傷害致死罪が成立するにとどまる。第2行為については、殺人の故意を有しているものの客観的には死体遺棄を行っているに過ぎず、殺人未遂しか認められないことになる。このように、第1行為は、第2行為とは切り離され、殺人の故意を認めることは不可能となる<sup>4)</sup>。これに対して、本決定のように、第1行為と第2行為を1個の実行行為として評価すると、第1行為は、事前の犯罪計画に基づき、V殺害という1つの結果を惹起させるために向けられた犯行としての意味合いが強くなり、第1行為から結果が発生していたとしても、故意責任を認めやすくなるだろう。したがって、2つの行為を1つの実行行為として評価することは、乙らに殺人既遂罪を認めるための必要不可欠な前提であったと考えることができる<sup>5)</sup>。

## (2) 故意既遂犯の成否

本決定は、「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ところはな」として、その根拠について具体的な説明はしていないが、乙らに故意既遂犯が認められることを明示している。この結論に関し、故意を厳格に解する立場<sup>6)</sup>からは、第1行為によって実際にVを殺害する意思、言い換えれば「危険の実現に至るものとの認識」を有していなかったのであるから、本件において殺人既遂罪は成立せず、殺人未遂罪が成立するにとどまるということが主張されている。この立場は、未遂故意説と呼ばれるものであるが、未遂犯と既遂犯の客観的構成要件が異なることを根拠に、既遂の故意を認めるためには、犯人が当該犯罪の既遂の結果を惹起するために必要な行為をすべて行ったとの認識<sup>7)</sup>を有していなければならないとしている。

<sup>4)</sup> 成瀬幸典「判批」成瀬幸典=安田拓人編『判例プラクティス刑法I』37頁(信山社, 2010年)参照。

<sup>5)</sup> 橋爪隆「判批」ジュリ1321号235頁(2006年)参照。

<sup>6)</sup> 高橋則夫『規範論と刑法解釈論』71頁以下(成文堂, 2007年)参照。

<sup>7)</sup> 松宮孝明『刑法総論講義[第4版]』239頁(成文堂, 2009年)参照。

しかし、未遂犯と既遂犯が異なるのは、既遂の結果が発生したかどうかという結果の点においてのみであり、両者における故意の内容を別個のものとすることはできない<sup>8)</sup>。そして、本件のように、犯人の計画性が認められている場合には、たとえ第一行為の時点でVを殺害する意思を有していなかったとしても、故意の範囲を拡張し故意既遂犯を認めて良いと考えられる。なぜなら、乙らの犯罪計画において、第1行為は、それを終えれば無意識のVを転落させるだけなのであるから、最も重要な行為であり、しかも、本件で認定された事情によれば、第1行為は、助手席のドアを改造し、3人がかりでVに襲い掛かったことなど、確実に達成するために用意は周到であったといえ、それを終えた時点で、計画の大半を終えたという認識<sup>9)</sup>が認められるからである。また、結果惹起に向けられた同一の意思に基づく一連の実行行為は、一体として把握されるため、全体として禁止の対象となり、故意についても、そのような一連の行為に取り掛かる認識で足りるという説明も可能であろう<sup>10)</sup>。いずれにしても、第1行為を開始した時点で、一連の殺人行為によりVを殺害する意思を有していたことは明らかであり、殺人の故意としては、十分に認められる<sup>11)</sup>のであり、この説明が判旨の論理展開からも自然なものであろう。

## 5 まとめ

以上のように、本決定が乙らの計画を考慮に入れて認定した「一連の殺人行為」は、故意の範囲を拡張させ故意既遂犯を認めやすくしたという点において、客観面と主観面を結び付けるものであり、本決定の重要な前提であった。そして、本件で乙らは、この「一連の殺人行為」に取り掛からないことが求められていたということができる。

<sup>8)</sup> 川端博「早すぎた構成要件の実現」研修688号3頁（2005年）参照。

<sup>9)</sup> 島田聡一郎「早すぎた結果発生」西田典之ほか編『刑法の争点』67頁（有斐閣，2007年）参照。

<sup>10)</sup> 山口厚『刑法総論』216頁以下（有斐閣，第2版，2007年）参照。

<sup>11)</sup> 平木正洋「判解」155頁（2007年）参照。

### Ⅲ シャクティパット事件 (最高裁平成17年7月4日第二小法廷決定)

早稲田大学大学院法務研究科2年  
鈴木隼平

#### 1 事案の概要

Xは、手の平で患者の患部をたたいてエネルギーを患者に通すことにより自己の治癒力を高めるという「シャクティパット」と称する独自の治療（以下、シャクティ治療という）を行っており、Aとその息子であるYはXの信奉者であった。Aは脳内出血で倒れて入院中であり、生命の危険はないものの意識障害のため痰の除去等の医療措置が必要な状態であり、後遺症も見込まれた。Yは、シャクティ治療なら後遺症が残らないと期待し、Xに治療を依頼したところ、Xは点滴治療は危険であり、今日明日が山場だから明日中にAを連れてくるようなどとYらに指示し、Aを兵庫県の病院からXが滞在する千葉県のホテルへ運び出させた。この時、Xは、Aを退院させることは無理だとする主治医の警告や、Yらが主治医の退院許可を得てからAを連れ出そうとしていたことを知っていた。

Xは、Aの容体を見て、このままではAが死亡する危険を認識しつつもシャクティ治療のみ行い、生存に必要な医療措置を受けさせないままAを放置し、翌日、痰による気道閉塞に基づく窒息によりAを死亡させた。

以上のような事案について、第1審判決<sup>1)</sup>は、Xが、Aから点滴装置及び酸素マスクを外させ、ベッドから降ろして病院外に連れ出させ、医療設備のないホテルに運び込ませるという作為と、その生存に必要な措置を何ら講じずにおくという不作為の複合した一連の行為を殺人罪に該当する実行行為として捉え、かつそれに対応する殺人の故意も認定し、殺人罪の成立を認めXを懲役15年に

<sup>1)</sup> 千葉地判平成14年2月5日判タ1105号284頁。



処した。

これに対し、X側が控訴し、第2審判決<sup>2)</sup>は、第1審が認め一連の行為はAを死亡させる現実的危険性を十分有し、殺人の実行行為にあたるものとしたものの、殺人の未必的故意は、Xが本件ホテルに運び込まれたAの様子を自ら認識した時点以降においてのみ認められるとし、その上で、Xは、Aを病院から本件ホテルに運び込ませた先行行為に基づき、Aに対し直ちにその生存のために必要な医療措置を受けさせるべき作為義務を負っていたにもかかわらず、未必の故意をもって、上記作為義務を怠ってAを死亡させたことから、XがAの様子を自ら認識した以後の行為は不真正不作為犯として殺人罪に問疑されるべきであるとし、第1審判決を破棄しXを懲役7年に処した。これに対しXが上告したものが本件である。

## 2 判 旨

上告棄却。「以上の事実関係によれば、X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、Xを信奉するY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、X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Xには、不作為による殺人罪が成立し、殺意のないY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。」

## 3 本件事案の主な論点

本件事案は、最高裁としてはじめて不作為の殺人罪の成立を認めた点と共同正犯の本質に関する論点が問題となった事案として主に知られている。しかし、高橋教授は行為の個数という分野から本件事案を分析しようと試みている。そこで、私も、以下この判例について、行為の個数という観点から考察していく

---

<sup>2)</sup> 東京高判平成15年6月26日刑集59巻6号450頁。

ことにする。

#### 4 行為の個数の観点からの考察

##### (1) 行為の個数について

まず、行為の個数の観点から考察するにあたって、本件ではどのような行為が問題となっているかについてみると、「病院からの連れ出し行為」と「被害者を放っておいた行為」の2つの行為が主に問題となっている<sup>3)</sup>。

##### (2) 私的考察

本件事案において、実行行為をどこに置くかについて問題が生じている。第1審判決では「病院からの連れ出し行為」と「被害者を放っておいた行為」の両行為を複合形態としたうえで一連性を肯定し、両者の行為を合わせ考慮することによって殺人罪の実行行為に該当すると判示した。この判示について、実行行為性の理解が必ずしも明らかではないとされている。そこで、本件事案の第1審判決と第2審判決（最高裁は第2審を是認している<sup>4)</sup>）を論理的に説明しろと言われた場合、私がどのように考えるかを以下論ずる。

(i) まず第1審では、第1行為と第2行為を一連の行為と考えているわけであるが、どのように考えれば一連の行為と見ることができるか。

私は、この点について、時間的場所的接着性を基礎に行為者の計画も考慮に入れて判断すべきと考える。そこで、本件についてみると、確かに本件では時間的には第1行為から第2行為まで約5時間経過しているし、場所的にも兵庫県内の病院から千葉県内 X がいるホテルまでとなるとかなり離れていることになる。そうすると、本件行為は一連の行為とはいえないとも思える。しかし、X の計画を考慮に入れれば、本件における第2行為は、第2行為がないとできなかったものであると考えることができる。よって、X の計画を考慮に入れれば本件行為は一連の行為であったといえる。

そして、第1行為である連れ出す行為自体には、A の死に至る具体的な危険性があるとはいえない。しかし、連れ出した後の移動手段が不適切であり、医療設備のないホテルに運び込み、生存に必要な措置を講じなければ、A の死と

<sup>3)</sup> 高橋則夫「不作為による殺人罪の成否——シャクティ治療殺人事件」刑事法ジャーナル2号97頁以下（2006年）。

<sup>4)</sup> 渡邊卓也「判批」松原芳博編『刑法の判例〔総論〕』34頁（成文堂，2011年）。

いう結果が生じる現実的・具体的危険性は当然生じうるものであるので、これら一連の行為を考えれば「病院から連れ出した行為」は構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為を開始したといえ、実行行為の着手が認められる。そして、第2行為は、因果関係の中に位置<sup>5)</sup>づけられ、相当因果関係説<sup>6)</sup>を採る私の考えによれば、本件の第1行為をした後、第2行為をすることは相当因果関係の範囲内にあるといえる。さらに、第1行為の時点で、XにはYらに指示してAを病院から運び出させた時点からXには未必的な故意があったのであるから、構成要件の故意が認められる。第2行為の時点でも判示によると、「Aが死亡するおそれがあることを認識しながら、それをやむを得ないと決意し」とあることから、Aを不作為によって殺すことを認識認容していたのであるから、構成要件の故意は認められる。よって、これら一連の行為の間には故意が存在したといえるので、本件行為には構成要件の故意が認められる。ウェーバーの概括的故意の事例<sup>7)</sup>の場合ではないことから、因果関係の錯誤の問題にする必要はない。よって、Xは殺人罪の罪責を負う。

(ii)第2審については、本件ホテルに運び込ませた行為と生存に必要な措置を取らなかったという一連の行為は、Aを死亡させる現実的危険性を十分有していたことは明らかであったとしているが、しかし、Aの死亡を容認するだけの強い動機が被告人にあったとは合理的に想定できないとして、Aを病院から運び出した時点で、被告人に未必的殺意を認めるには、合理的疑いが残るとした。その上で、Aが本件ホテルに運び込まれてその容態を現認した時点で、Xは、そのままではAが死亡する危険があると認識したにもかかわらず、未必的殺意をもってAを死亡させたとして、Aの様子をX自ら認識した以後の行為は、不真正不作為犯として、殺人罪に問擬されるべきであるとした。つまり、この判示は、第1行為には構成要件の故意が認められず、第1審のように両行為を一連の行為と見ることはできないが、第2行為については、不真正不作為犯としての殺人罪が認められるとしたものであると考えることができる。そこで、

<sup>5)</sup> 高橋・前掲注3) 97頁によって「社会的に意味のある自己の行為を因果関係の中に埋没させることは妥当でないだろう」との批判がある。

<sup>6)</sup> 大谷實『刑法講義総論[新版第3版]』217頁（成文堂，2009年）。

<sup>7)</sup> 山口厚『刑法総論』213頁（有斐閣，第2版，2007年）によると「行為者は自己の第1行為により結果を発生させたと考えていたが、実際にはその後の第2行為により結果が発生したというという場合」のこと。

この判示をどのように論理的に説明すればよいかについて以下検討する。

本件第 2 審の事実認定を前提に、私の上記一連の行為か否かの判断基準にあてはめると、X は第 1 行為をした時点では A を殺害する故意がなかったのであるから、X の計画というものを考慮しても、一連の行為とはいえない。よって、第 1 行為について、X は、A の死亡結果を発生させる危険はあるが、殺人の故意がないことから何ら罪責を負わない。そして、第 2 行為については、行為自体に A を死亡させるに至る危険性がある。また殺人の故意があるのであるから、殺人罪の罪責を負う。

少し横道にそれるが、そもそも、本件第 2 審の事実認定によっても、本件行為を一連の行為と見ることはできなかつたのであろうか。この点について、いわゆるクロロホルム判例<sup>8)</sup>がヒントになると思える。すなわち、クロロホルム判例は相当因果関係の範囲内で発生した結果に関し、行為者がその発生に向けての因果の流れについて異なった認識を抱いていたとしても、それにより故意は阻却されるものではないとする。この考え方からは、一連の実行行為に包括される第 2 行為から結果が発生すると思っていたのに、意外にもすでに第 1 行為から結果が発生したという形の因果関係の錯誤のケースにおいても、その結果が相当因果関係の範囲内で発生している限りにおいては、故意は阻却されず、故意既遂犯が認められることになる。

そして、本件では、クロロホルム判例と同じく第 1 行為自体は危険性があるが、故意はないとされ、第 2 行為自体は危険性がありさらに故意も認められるとされている。しかし、クロロホルム判例では、死亡結果が、被告人が当初予期していなかった第 1 行為から生じているが、本件では、第 2 行為から生じている。そうすると、X が予期したとおりの結果が発生したにすぎず、何ら因果関係に錯誤はないことになる。よって、本件では、クロロホルム判例の考え方を流用することができないので、本件行為は一連の行為とはいえない。

### (3) 高橋教授の考察 (第 1 審)<sup>9)</sup>

この判示について、高橋教授は、「連れ出し行為には、少なくとも抽象的危険

<sup>8)</sup> 最決平成 16 年 3 月 22 日刑集 58 卷 3 号 187 頁、平木正洋「判解」155 頁 (2007 年)、福田平「判批」判タ 1177 号 123 頁以下 (2005 年)、同『刑法解釈学の諸問題』78 頁以下 (有斐閣、2007 年)、安田拓人「判批」ジュリ 1291 号臨時増刊〔平成 16 年度重判解〕157 頁以下 (2005 年) など。

<sup>9)</sup> 高橋・前掲注 3) 98 頁。

性が肯定されているのであるから、実行行為性が認められ、そこに実行の着手も認められる。しかし、さらに、不保護行為にも実行行為性が認められ、死の結果に至る具体的危険性はこの不保護行為によって発生したのであるから連れ出し行為の実行行為は不保護行為の実行行為に吸収される。」として、本件第1審を説明されている。この説明であれば、私的考察のように本件行為を一連の行為と考えるときに、時間的場所的接着性がないにもかかわらず、Xの計画を考慮して無理やり一連の行為とすることはしないで済む。すなわち、教授の考え方によれば、抽象的危険は、具体的危険に吸収されるというので、本件の「一連の行為」という言葉を基礎づけることができるのである。

#### (4) 高橋教授の考察（第2審）<sup>10)</sup>

本件第2審では、第1行為と第2行為を別個に考えているわけであるが、高橋教授は、以下のように説明している。

すなわち、行為を統合して考える決定基準としては、行為意思・行為目的が重要な要素となっているとし、それぞれの行為が同一の行為意思・行為目的によって担われている場合には、行為を統合し、担われていない場合には、分断すると考えるのである。このように考えれば、本件第2審の第1、第2行為は、判示によれば、第1行為には殺人の故意はないが、第2行為には殺人の故意があるとのことなので、それぞれの行為が同一の行為意思・行為目的によって担われているとはいえないということになる。

## 5 結 論

以上のように、高橋教授と、私の本件判示についての説明の仕方については、違いがある。すなわち、行為の一個性を説明するために高橋教授は「同一の行為意思・行為目的」という言葉によって区別するのに対して、私は「時間的場所的接着性、行為者の計画」を考慮して決するという点に違いがある。

そして、高橋教授の考察では、構成要件段階の故意の部分でかかる基準を用いて行為の一個性を判断するのであろう（「同一の行為意思・行為目的」という字面を見ると構成要件的故意の部分で考えているのではないかと思われる）。そうすると、刑法の体系の中で、行為の一個性を判断できるというメリットがある。

<sup>10)</sup> 高橋則夫「犯罪論における分析的評価と全体的評価」刑事法ジャーナル19号39頁以下(2009年)。

一方、私の考察では、行為者の計画というものは構成要件的故意の段階で考えられるかもしれないが、時間的場所的接着性は、刑法の体系の中でのどこの部分で考えればいいのかは、不明である。結局、かかる基準を用いて、行為の一個性を判断する場合には、構成要件該当性を考える前になってしまうであろう。このような点において、私の考察は、高橋教授の考察とは異なり、刑法の体系を離れた考察をしているというデメリットがある。もっとも、私の考察は、以下のようなメリットがある。すなわち、構成要件該当性の判断の途中の段階で行為の一個性を判断することはないので、初めに設定した構成要件の検討を進めればよいことになる。高橋教授の考察によると、構成要件の判断の中で行為の一個性を判断することになるので、行為が分断された場合、検討すべき構成要件が、途中で変わってしまうというデメリットがあるのではないかと考える。犯罪は、行為ごとに成立するということを考えると、構成要件の判断に入る前に行為を特定して犯罪の成立を検討すべきなのではないか、と私は考えている。とすると、私の考察のように構成要件の判断に入る前に、検討すべき行為を特定すべきなのではないか。

## IV 灰皿投げつけ事件 (最高裁平成20年6月25日第一小法廷決定)

早稲田大学大学院法務研究科2年  
酒井優大

### 1 事案の概要

被告人（当時64歳）は、以前にも因縁をつけられたことのあるA（当時76歳）に呼び掛けられ、これに応じて移動したところいきなり殴りかかれるなどした為、被告人は被害者の顔面を一度殴打した（なお、この間の暴行は訴因とはされていない）。するとAはその場にあったアルミ製の灰皿を被告人めがけて投げつけたので、被告人はそれを避けながら灰皿を投げた反動で体勢を崩したAの顔面を右手で殴打したところ、Aは頭部から落ちるように転倒して後頭部を地面に打ち付けて仰向けに倒れたまま動かなくなった（第1暴行）。

しかし、被告人は憤怒の余り、意識を失ったように動かなくなって倒れているAに対して、その状況を十分認識しながら、「俺を甘く見ているな。俺に勝てるつもりでいるのか。」などと言い、その腹部等を足蹴にしたり、足で踏みつけたりし、さらに腹部に膝をぶつける（右膝を曲げて膝頭を落とすという態様の行為）などの暴行を加え（第2暴行）、肋骨骨折などの傷害を負わせた。

その後Aは付近の病院に搬送されたが、6時間余り後に頭部打撲による頭蓋骨骨折に伴うくも膜下出血によって死亡した。死因になったかかる傷害は第1暴行によるものであった。

以上の事実において、第1暴行と第2暴行の一体性について第1審<sup>1)</sup>は、行為の一体性については「被告人の各行為はさほど時間的間隔をおかない同一機会に、同一場所において、同一の被害者に対し、灰皿を投げつけられたことなどに起因する同根の暴行の故意に基づき、数分間という短時間で連続的に行われ

<sup>1)</sup> 静岡地沼津支判平成19年8月7日刑集62巻6号1866頁。

たのであって、急迫不正の侵害に対する反撃行為に比して、その侵害が去った後の暴行行為が質的・量的に著しく変化したり、死の結果への寄与度が高いなどの事情が認められない限り、上記各行為を分断せず一体のものとして評価することが自然である」としたうえで「Aの転倒直前の被告人の殴打行為と、Aの転倒直後の足蹴り等の行為は、分断して評価せずにAに対する一連の反撃行為とみることが自然であり、これらの行為を全体的に観察して正当防衛ないし過剰防衛の成否を判断するのが相当である。」として、被告人に全体として一つの過剰防衛を認めた。

これに対して第2審<sup>2)</sup>は、「第1の暴行と第2の暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、第2の暴行の際には、外観上、侵害が終了していることが明らかであり、被告人もそれを認識した上、攻撃の意思のみに基づいて第2暴行に及んでいる。第1暴行と第2暴行は、Aからの侵害の継続性及び被告人の防衛の意思という点において、明らかに性質を異にし、その間に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。一般的に侵害現在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るべきである、といわれているが、本件のような場合においては、第1の暴行と第2の暴行を一体のものとして全体として考察する基礎を欠いているべきであるといふべきであり、第1の暴行と第2の暴行を分けてその点を検討するべきである。」として、第1暴行には正当防衛を成立させたが、第2暴行については正当防衛及び過剰防衛の成立を否定し、傷害罪（204条）を成立させた。

## 2 判 旨

最高裁は、上告趣意は刑事訴訟法405条の上告に当たらないとしたが、職権で次のように判断した。

「第1暴行により転倒したAが、被告人に対し更なる侵害行為に出る可能性はなかったものであり、被告人はそのことを認識した上で、専ら攻撃の意思に基づいて第2暴行に及んでいるのであるから、第2暴行が正当防衛の要件を満たさないのは明らかである。そして、両暴行は、時間的、場所的には連続してい

<sup>2)</sup> 東京高判平成19年12月15日刑集62巻6号1879頁。



るものの、Aによる侵害の継続性及び被告人の防衛の意思という点で明らかに性質を異にし、被告人が前記発言をした上で反抗不能状態にあるAに対して、相当に激しい態様の第2暴行に及んでいることにもかんがみると、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はなく、正当防衛に当たる第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Aに負わせた傷害につき、被告人は傷害罪の罪責を負うべきである。」

### 3 問題の所在

量的過剰防衛とは、侵害終了後になお反撃が継続する場合をいう<sup>3)</sup>。量的過剰防衛の場合、反撃行為は正当防衛行為であるが追撃行為は違法行為となる。かかる場合、行為を一体として評価するか、分断して評価するかが問題となる。

### 4 過剰防衛の刑の減免の根拠からの考察

まず、量的過剰防衛に36条2項の適用が認められるかを考える前提として、同条が刑の減免を認めている根拠との関係を論ずる必要がある。

過剰防衛の減免の根拠を、急迫不正の侵害に対する防衛行為性及び優越的利益の保全に求める違法減少説<sup>4)</sup>から考えると、量的過剰防衛は急迫不正の侵害なくして行われるものであるから違法減少がなく量的過剰防衛に36条2項は適用されないことになる<sup>5)</sup>ので、反撃行為と追撃行為は刑法上別個のものとして評価されるのに対して、根拠を急迫不正の侵害に直面した防衛行為者が心理的に抑圧された状態であることを考えて、適法な行為の限度で防衛行為を行うことを期待する可能性が減少することを根拠にする責任減少説<sup>6)</sup>から考えると、心理的

<sup>3)</sup> 山口厚『刑法』72頁（有斐閣，2005年），大谷實『刑法講義総論[新版第2版]』294頁（成文堂，2007年），川口政明「判解」229頁（1996年）等を参照。

<sup>4)</sup> 前田雅英『刑法総論講義』355頁（東京大学出版会，第4版，2006年）ほか参照。

<sup>5)</sup> この見解を採るものとして橋田久「外延的過剰防衛」産大法学32巻2=3号227頁以下（1998年）（ただし、減免の根拠については違法・責任減少説を採用），橋田久「量的過剰防衛」刑事法ジャーナル16号21頁以下（2009年）。

<sup>6)</sup> 山口・前掲注3)72頁，大谷・前掲注3)294頁参照。

抑圧状態に基づいて行われた追撃行為にも36条2項は適用されることになる<sup>7)</sup>ため、反撃行為と追撃行為を一体のものとして評価することになる。

## 5 判例の考察

判例は、一般的に、量的過剰防衛について一連の行為として一体的・全体的に評価して、その全体の行為に対して過剰防衛の成立を認めてきた。例えば、被告人が、屋根鉄を持って立ち向かってきた攻撃者の側頭部を鉋で切り付けた後、殴って横倒しにした後、その頭部や腕をめがけて鉋で切り付けて死亡させた事件<sup>8)</sup>につき、「なお、原審の是認した第一審の認定にかかる被告人の本件一連の行為は、それ全体として、その際の情況に照らして、刑法三六条一項にいわゆる『已ムヲ得サルニ出デタル行為』とはいえないのであって、却つて同条二項にいわゆる『防衛ノ程度ヲ超エタル行為』に該当するとして、これを有罪とした原審の判断は正当である。」と判示し、2つの行為を一連の行為ととらえた上で、全体について過剰防衛の成立を認めている。

これに対して、本決定は上記決定要旨において被告人の2つの行為を分断し、第1行為については正当防衛が成立し、第2行為については違法な行為であるとして傷害罪(204条)の成立を認めた。

しかし、最高裁は本決定の後、一体的評価をして過剰防衛を認めている。被告人が覚せい剤取締法違反の罪で起訴され、拘置所に勾留されていたところ、同拘置所内の居室において、同室にいた被害者が被告人に向けて机を押し倒してきたため、被告人はその反撃としてとして机を押し返した(第1暴行)。それに続けて被害者の顔面を手拳で数回殴打した(第2暴行)という事案<sup>9)</sup>について「前記事実関係の下では、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。」として行為を一体的・全体的に見て判断している。

以上の判例の流れを考察すると、本決定の考え方としては2つの行為を一体

<sup>7)</sup> この見解を採るものとして安田拓人「事後的過剰防衛について」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』243頁以下(成文堂, 2010年)がある。

<sup>8)</sup> 最判昭和34年2月5日刑集13巻1号1頁。

<sup>9)</sup> 最決平成21年2月24日刑集63巻2号1頁。

として評価することを否定して分断して評価する立場をとったものと解するべきではなく、一体的評価を採用してきた今までの判例の流れの一部に属するものであり、本件の事実関係から分断したものと考える。そして、これらの判例<sup>10)</sup>を読むと、一体的評価の判断に際しては、反撃行為と追撃行為の時間的場所的接着性を軸として、手段の同一性、犯意の連続等を考慮基準として判断している。

## 6 行為の一体性の判断について（私見）

では、本決定において反撃行為と追撃行為に時間的場所的接着性があるにもかかわらず行為が一体として評価されず、反撃行為と追撃行為を分断したのはなぜなのか。この点については、決定要旨にもある通り、「侵害の継続性」の存否及び「防衛の意思」の有無の判断によるものであると考えられる。ただ、質的過剰も量的過剰の中に含まれることを考えると、侵害の継続性の存否は行為の一体性に大きな影響を与えるわけではない。とすると、量的過剰防衛において判断基準として重要なのは行為が防衛の意思に基づくものか、防衛の意思を超えた攻撃の意思によるものかであると考えられる。

判断基準をこのように考えた場合、行為の一体性をどの段階で問題に判断すべきか。この点、分断されるのは行為なのであるから、行為論として考えるか実行行為の問題として構成要件該当性段階の問題であるとも思える。しかし、前述のように重要な判断基準は防衛の意思か攻撃の意思かという正当防衛における防衛の意思の存否である。そして、防衛の意思は行為が認められ構成要件に該当した後に存する違法性阻却事由としての正当防衛の成立要件の1つであることから考えると、かかる判断は正当防衛における防衛の意思として判断すべきであり、行為や構成要件該当性の問題として防衛の意思のみを正当防衛の要件から離して先に論じるのは妥当でない。したがって、量的過剰防衛の行為の個性は違法性段階で考えるべきである。

以上のように、行為の一体性を違法性段階で考えるとすると、構成要件は、実行行為・結果・因果関係によって決せられ、その後違法性判断になる。とすると、違法性の判断で構成要件該当性が変わるわけではないとして、違法性判

<sup>10)</sup> 本文に挙げたものの他に、京都地判昭和57年2月17日判時1048号176頁や、東京地判平成12年8月29日判時1811号154頁など。

断において過剰防衛を認めた原審の判断の方が妥当であるようにも思える。しかし、構成要件該当性段階では一体として考え、違法性の段階で分断するということが可能であるように思う<sup>11)</sup>。なぜなら、行為は主観と客観の統合体であり、正当防衛の成否について判断する際、防衛の意思という主観面について判断する以上、かかる段階で主観が行為の一体性に影響を与えることはありうるからである。そして、主観は構成要件段階でも考慮されていることから、違法性の判断の影響を受けて構成要件該当性も影響を受けて然るべきであると考えられる。この見解に立つことで、最高裁の判断についても論理的な説明が可能となると考える。

ただ、そのように考えると、違法性判断によって実行行為に立ち戻って考える必要性が出てくることになり、いわゆるブーメラン現象になるのではという問題が新たに発生することになる。しかし、責任故意を認める見解などにおいては、ブーメラン現象は許容せざるを得ないものであるから、量的過剰防衛においてかかる現象を否定する必要性はない。

以上のことを踏まえた私の結論としては、量的過剰防衛の一体性についての判断は、違法性阻却事由としての正当防衛の要件の段階で検討するべきであると考えられる。その際に考慮する事由としては、反撃行為と追撃行為の時間的場所的接着性を軸として、手段の同一性、犯意の連続等を及び防衛の意思という被告人の主観を含めて考えるべきである。

## 7 最後に

ただ、判例のように一体性を個々の事情で判断した場合、本決定の特殊な点である反撃行為から結果が発生したという場合に刑の均衡が保てるのかという点に疑問が生じる。本決定のように、第1行為によって死の結果が発生した場合、第2行為が傷害の場合は、分断しても一体として考えて過剰防衛として処理する場合より刑が重くなるが、第2行為が暴行にとどまる場合、防衛意思を超えた反撃意思を有している場合の方が、法定刑が軽くなるという問題が生ずることになる。かかる場合、すなわち量的過剰防衛において、反撃行為から結果が発生した場合に本決定のような処理によって不均衡が生まれる可能性をど

---

<sup>11)</sup> 高橋則夫「犯罪論における分析的評価と全体的評価」刑事法ジャーナル 19号 39頁以下(2009年)。

のように説明していくべきなのか。この点をどう考えるかは議論の余地がある  
と考える<sup>12)</sup>。

---

<sup>12)</sup> 同様の疑問を提起し、一つの見解を示すものとして山口厚「正当防衛と過剰防衛」刑事法ジャーナル 15 号 50 頁以下（2009 年）。

なお、その他の参考文献として、

井上宜裕「判批」松原芳博編『刑法の判例〔総論〕』75 頁以下（成文堂，2011 年）。

安達光治「判批」法セ増刊速報判例解説 8 号 195 頁（2011 年）。

山本輝之「判批」ジュリ 1376 号臨時増刊〔平成 20 年度重判解〕176 頁（2008 年）。

## V 総括

早稲田大学大学院法務研究科教授

高橋 則 夫

### 1 はじめに

最近の理論刑法学においてかなりの関心を呼んだテーマの一つが、「複数行為による結果惹起」の問題である<sup>1)</sup>。私も、この問題につき検討を加えてきたが<sup>2)</sup>、本稿では、法務研究科の3名の学生による判例評釈に対するコメントという形で、さらなる検討を加えたいと思う。取り上げる3つの判例は、クロロホルム殺人事件（最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁）（山口祐一朗君：以下、山口評釈と略す）、シャクティパット事件（最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁）（鈴木隼平君：以下、鈴木評釈と略す）、灰皿投げつけ事件（最決平成20年6月25日刑集62巻6号1859頁）（酒井優大君：以下、酒井評釈と略す）である。

「複数行為による結果惹起」の問題の困難性は、この問題を犯罪論のどこに位置づけるかがそもそも不明確であることから生じている。すなわち、この問題は、犯罪論上の複数の問題にまたがるのである。まず第1に、複雑な事実の中から、第1行為と第2行為というように行為を特定することが問題となる。この問題は、行為論の問題であり、行為の分断か統合かという、いわゆる「一連の行為」論、さらに、シャクティパット事件においては、不作為が問題となる。第2に、実行行為性や実行の着手時期が問題となる。第3に、故意の問題がある。第4に、灰皿投げつけ事件においては、防衛行為の分断か統合かが問題となる。

本稿では取り扱わないが、「複数行為による結果惹起」の問題は、さらに、

---

<sup>1)</sup> とくに、仲道祐樹「複数行為による結果惹起における問責対象行為の特定」早誌59巻2号423頁以下（2009年）参照。

<sup>2)</sup> 高橋則夫『規範論と刑法解釈論』30頁以下、59頁以下、110頁以下（成文堂，2007年），高橋則夫「犯罪論における分析的評価と全体的評価」刑事法ジャーナル19号39頁以下（2009年）参照。

原因において自由な行為の場合のように、責任論においても問題となり、また、罪数処理においても問題となる。そして、根底的には、規範論や法益論などの理論刑法学における基礎理論が横たわっているのである。

## 2 クロロホルム殺人事件

クロロホルム殺人事件においては、いわゆる「早すぎた構成要件の実現」（早すぎた結果の発生）をいかに処理するかという点が問題となる。「早すぎた構成要件の実現」は、予備段階と実行段階とに分かれる。予備段階で結果が発生した場合、いまだ（故意の）実行の着手が存在しないことから、生じた結果については過失犯の成否しか問題とならない。たとえば、妻が夫を殺害しようと、午後3時に毒入りウイスキーをセッティングし、午後7時頃に夫が帰宅したときに、「ウイスキーはいかがですか」と夫に差し出すつもりで、戸棚にしまっておき、買い物に出かけたところ、夫が午後4時に帰宅して、戸棚のウイスキーを発見して飲んで死亡した場合、妻の行為には、殺人の実行の着手が認められず、殺人予備罪であり、夫の死亡結果に対しては（重）過失致死罪が成立することになる（併合罪）。この点については、遡及禁止論から、故意行為を留保しているので、故意既遂犯は成立しないが、殺人未遂の成立を肯定する見解もあるが<sup>3)</sup>、一般的には、いまだ殺人罪の実行の着手は肯定できない以上、殺人予備罪しか認められないだろう。

これに対して、クロロホルム殺人事件は、実行の着手後における「早すぎた構成要件の実現」の事案である。

まず、本件において、殺人罪の実行の着手が肯定されるかが問題となる。実行の着手時期につき、近時の判例の傾向は折衷説的見解を採用している。もっとも、折衷説は、行為者の計画を基礎にして危険判断を行う考え方であるのに対して、判例は、まずは危険の存否を判断し、その後に行業者計画を考慮しているように思われる（図式的に言えば、折衷説は、①計画、②危険という2段階であるのに対して、判例は、①危険、②計画という2段階である）。すなわち、判例は、ダンプカー事件<sup>4)</sup>に見られるように、助手席で姦淫が可能か否かを考慮しており、その意味で客観的な危険性を先行して判断しているといえよう。自動車内の姦淫の

<sup>3)</sup> 山口厚『問題探究 刑法総論』142頁（有斐閣，1998年）参照。

<sup>4)</sup> 最決昭和45年7月28日刑集24巻7号585頁参照。

不可能性を理由に、強姦罪の実行の着手を否定した判例もある<sup>5)</sup>。本件において、クロロホルム吸引行為それ自体を独立させて、殺人罪の実行の着手が肯定されたわけではないことに注意する必要がある。すなわち、本件における実行の着手は、複数行為における実行の着手の問題なのである。

本件最高裁決定は、第1行為である「クロロホルム吸引行為」と第2行為である「海中転落行為」との連関を考慮して、第1行為に殺人罪の実行の着手を肯定している。すなわち、①第1行為は第2行為を確実にかつ容易に行うために必要不可欠なものであったこと、②第1行為が成功した場合それ以降の殺害計画を遂行するうえで障害となるような特段の事情が存しなかったと認められること、③第1行為と第2行為の間に時間的場所的近接性があること、という3つの基準がこれである。この3つの基準は、行為者の計画を基礎に事前判断による基準であることに注意しなければならない。したがって、かりに第2行為が存在しない場合でも、実行の着手時期の判断が異なるわけではない。山口評釈によれば、本件決定は、第1行為と第2行為を1つの実行行為として評価したものと解しているが、そうではなく、第1行為のみを実行行為と解したものである。もっとも、山口評釈のように、第2行為も実行行為と解することは十分に可能である。このように分断した場合にも、さらに、一連の行為とするか否かの問題が残るであろう。

後述するように、本件では、故意の有無という問題があるが、いずれにせよ、第1行為に実行の着手を肯定した論理は、もっぱら危険判断に関するものであり、山口評釈のように、故意（殺意）を認めるために行われたものではない。本件において、通説的見解によれば、故意（殺意）は、当初からすでに存在するのであり、その故意と実行の着手時期との同時存在だけが重要となると解されることになる。したがって、第1行為時に実行の着手を肯定することが重要となるのである。山口評釈のように、第1行為と第2行為とを一連の行為とすることによってはじめて殺意が肯定されると解するのは妥当でないだろう。また、一連の行為として認められない場合には、殺意が否定され、傷害の故意しか認められず、その結果、38条2項により傷害致死罪が成立すると解する点も不可解である。第1行為に傷害の故意しか認められない場合には、その結果として

---

<sup>5)</sup> 大阪地判平成15年4月11日判タ1126号284頁参照。



死亡すれば、端的に傷害致死罪が成立することになり、38条2項の適用の余地はないのである。主観と客観の齟齬という錯誤論を展開する場面は、結果のみならず、実行行為について主観・客観の齟齬が認められる場合であり、実行行為につき主観も考慮して傷害の実行行為と確定したならば、その行く末を考えれば足りるのである。その意味で、実行行為は、行為も同様であるが、主観・客観の統一体と位置づけることができるであろう。

いずれにせよ、本件において、判例・通説の立場によれば、当初から被告人らには殺意が存在し、殺人の共謀も存在することから、第1行為に殺人の実行の着手が肯定されれば、それによって死亡したのであり、因果関係の錯誤も重要な錯誤ではないので、殺人既遂罪の成立が肯定されるわけである。しかし、問題は、このような殺意（構成要件的结果である人の死亡の認識）の存在で十分か否かにある。

私見によれば、結果発生 of 故意（この存在の必要性はいうまでもないが）のほかに、実行行為の性質に関する認識が必要でなければならない<sup>6)</sup>。すなわち、この行為によって結果が発生するという認識（危険の実現に至るものとの認識）の有無が、既遂結果を行為者の主観に帰属できるか否かのメルクマールとなる（主観的帰属の問題）。平たくいえば、手放しの認識、止めを刺す認識があってはじめて、既遂犯としての故意が肯定されるのであり、そのような認識がない場合には、未遂犯の限度でしか主観的帰属ができないと解するわけである。このような認識がない場合には、既遂結果については過失による実現と評価するわけである。山口評釈によれば、このような見解は、未遂構成要件と既遂構成要件が異なることを根拠としているとして批判を行っている（正確には、既遂構成要件における実行行為と未遂構成要件における実行行為とを区別し、前者の実行行為を結果惹起行為と捉え、それに対応する故意を既遂故意とする見解<sup>7)</sup>）。私見は、未遂構成要件においても既遂構成要件においても、実行行為性は同じであり、客観面を超える主観的超過要素としての故意の内容が異なるものと解するのである。

山口評釈が指摘する「未遂構成要件と既遂構成要件との差異」は何かが問われなければならない。未遂構成要件と既遂構成要件とが結果発生の有無という客観的側面の違いしかないとすれば、結果が発生すれば、既遂犯が成立し、結

<sup>6)</sup> 高橋則夫『刑法総論』172頁以下（成文堂，2010年）参照。

<sup>7)</sup> 山口厚『刑法総論』216頁（有斐閣，第2版，2007年）参照。

果が発生しなければ、未遂犯が成立するということになる。しかし、修正された構成要件である未遂構成要件が、いかなる意味で修正されているのか、何を修正しているのかという問題を検討する必要がある。一般には、結果発生の有無という客観面だけが修正されると考えられている。すなわち、結果が発生しない場合にも、刑法 43 条本文によって、未遂犯という修正（拡張）された構成要件が形成されているがゆえに処罰されることになる。問題は、未遂犯においては、このような客観面の修正のみならず、主観面においても修正されているのではないかという点にある。行為規範・制裁規範という枠組みからすれば、既遂、未遂、予備などの犯罪の実現形態は、たとえば、「人を殺すな」という行為規範における差異ではなく、正犯・共犯と同様、制裁規範における差異なのである。未遂犯は、43 条によって、結果が発生していないにもかかわらず、処罰が拡張されているわけであり、そこでは、故意の内容としても、構成要件的结果の認識、実行行為（私見によれば、抽象的危険<sup>8)</sup>）、具体的危険に至るものの認識で足りるのであるが、各則の既遂構成要件を充足するためには、結果発生という客観的要素が存在することに加えて、その結果が自己の行為の作用として発生することの認識が必要と考えるべきである。すなわち、危険の実現についての認識が必要なのである。既遂犯においては、まさに、このような認識があってはじめて既遂犯としての可罰性が肯定され、既遂犯としての制裁規範が適用されることになる。このような故意を、既遂故意と称することができ、未遂故意さらには予備故意と対置されるのである。

こうして、本件においては、殺人罪の実行の着手はあるものの、未遂故意しか認められず、未遂故意で既遂結果が発生したことから、38 条 2 項により（未遂構成要件と既遂構成要件との間の錯誤）、殺人未遂罪の成立が認められ、重過失致死罪との観念的競合となる。また、第 2 行為につき、不能犯の問題も生じる。さらに、具体的危険説（さらには、客観的危険説）によって、殺人未遂罪の成立を肯定した場合、第 1 行為の殺人未遂罪との包括一罪あるいは第 1 行為の殺人未遂罪に吸収されるという帰結となる。

---

<sup>8)</sup> 高橋・前掲注 6) 102 頁以下参照。

### 3 シャクティパット事件

シャクティパット事件最高裁決定においては、不作為による殺人罪の成否が中心論点であったが、鈴木評釈が問題としたように、行為および実行行為をどこに看取するかという困難な問題が提起されている。

行為の切り取りとして、病院からの「連れ出し行為」とホテルにおける「不保護行為」の2個を選択することについては、争いはない。しかし、第1審判決と第2審判決とは、鈴木評釈が指摘するように、興味深い対立を示している。

第1審判決<sup>9)</sup>は、殺人罪の成否につき、まず、病院外に連れ出すという行為は、それ自体、脳内出血の合併症や水分不足による窒息、脳血栓や心筋梗塞等を引き起こすことにつながる、被害者の生命に対する重大な危険をはらんだ行為であるとしつつ、移動手段が適切であるような場合は、被害者が死に至る具体的な危険性があるとはいえず、この連れ出し段階までの行為のみをもって、殺人の実行行為としての十分なだけの、被害者の死に対する具体的・現実的危険性が存するとまでは認められない、とした。そして、移動手段は不適切であり、何ら医療設備のないホテルに運び込み、その生存に必要な措置をしなければ、被害者の死という結果が生じる現実的具体的危険性は当然生じ得るものであるから、病院外に連れ出す行為に伴う危険性をも併せ考えれば、これら一連の行為は、被害者の生命に対する現実的具体的危険性を生じさせるものと判断した。さらに、連れ出し行為は作為であり、不保護行為は不作為であり、一連の実行行為はこれら作為および不作為の複合したものであるとした。

このように、第1審判決は、連れ出し行為と不保護行為を作為と不作為の複合形態としたうえで、これによって実行行為の一連性を基礎づけるとともに、連れ出し行為の危険性と不保護行為の危険性を併せ考慮することによって、（殺人罪の）実行行為に該当すると判示したのである。しかし、このような実行行為性の理解は、必ずしも明らかではなく、いくつかの理解が可能であろう。問題は、第1審判決における「一連の行為が実行行為である」という判示の意味と、連れ出し行為それ自体が、脳内出血の合併症や水分不足による窒息、脳血栓や心筋梗塞等を引き起こすことにつながる、被害者の生命に対する重大な危険をはらんだ行為であると判示していることの意味にある。連れ出し行為の段階で

<sup>9)</sup> 千葉地判平成14年2月5日判タ1105号284頁参照。

は、殺人の実行行為としては十分でないとしたのは、連れ出した行為の以降に安全性が保障されている場合もあるからという考慮があったからである。その結果、不保護行為の段階で現実的具体的危険が発生したことによって、連れ出し行為の（実行行為としての）危険性が帯びるという理解も可能である。これは、間接正犯・離隔犯において、被利用者行為時・到達時に未遂犯の成立を肯定する論理構成の一つである考え方と同様の判断をすることになる。すなわち、連れ出し行為それ自体の段階では、いまだ予備行為であるが、不保護行為によって具体的危険が発生することによって、その前の連れ出し行為は実行行為性を帯びるという考え方がこれである。かりに第1審判決の理解（作為・不作為の複合形態）を私見から根拠づけるならば、連れ出し行為には、少なくとも抽象的危険性が肯定されるのであるから、実行行為性が認められ、そこに実行の着手も認められるが、さらに、不保護行為にも実行行為性が認められ、死の結果に至る具体的危険性はこの不保護行為によって発生したのであるから、連れ出し行為の実行行為は不保護行為の実行行為に吸収されることになろう。これによれば、連れ出し行為の段階で、Aが死亡した場合には、実行行為があり、その時に殺意が肯定されれば、具体的危険が発生したのだから、殺人既遂の成立が認められることになる。

しかし、第1審判決で認められた、連れ出し行為の実行行為性は、第2審判決では否定されたのである<sup>10)</sup>。その理由は、客観的には殺人の実行行為に当たるが、その時点で未必的殺意を認めるには合理的な疑いが残るという点にある。そこで、第2行為である「不保護行為」時に殺意を肯定し、したがって、不作為による殺人罪の成否の問題に限定された結果となった。そして、最高裁もこのような処理を維持し、最高裁としてはじめて不作為による殺人罪の成立が肯定された判例が誕生したわけである。

鈴木評釈によれば、最高裁決定の帰結は、第1行為に殺意が肯定されないことから、第2行為との「一連性」が認められない結果であるとされる。いわば、同一故意の連続性を「行為の一連性」を肯定する基準であるという解釈を採用するものであろう。これに対して、鈴木評釈は、行為の一連性を、「時間的場所的接着性」と「行為者の計画」に基づいて判断する。しかし、前者の「時間

<sup>10)</sup> 東京高判平成15年6月26日高刑速（法曹会，平15）85頁〔刑集59巻6号450頁〕参照。

的場所的接着性」は、一連性判断の一つの要素にすぎない。後述する、灰皿投げつけ事件最高裁決定によれば、時間的場所的接着性が存在するにもかかわらず、第1行為と第2行為とは分断されたのであり、その根拠は、防衛の意思か攻撃の意思かという点であった。また、「行為者の計画」は、前述した、クロロホルム事件最高裁決定にみられるように、実行の着手時期を決定する際に、第1行為と第2行為の関連性が問題とされたのである。

一連の行為性の判断は、構成要件該当性（実行行為）段階、違法阻却段階、責任阻却段階、さらには罪数段階などにおいて問題とされ、それぞれ固有の原理によって異なる帰結に至り得るのである。行為論段階では、社会的行為論の立場から、行為の分断・統合を行うわけで、鈴木評釈が指摘するように、構成要件該当性段階で行うわけではない。したがって、私見に対して、「構成要件（該当性・・・筆者注）の判断の中で行為の一個性を判断することになるので、行為が分断された場合検討すべき構成要件が途中で変わってしまうというデメリットがある」（鈴木評釈）との批判は妥当しないだろう。おそらく、この批判には、行為の判断と実行行為の判断との混同があるように思われる。

シャクティパット事件においては、被告人の「行為」は、行為論段階において、行為意思と社会的意味とを評価して「連れ出し行為」と「不保護行為」の2個に分断できるであろう。次に、構成要件該当性段階（実行行為）において、第1審判決のように、第1行為と第2行為を統合して、殺人の一連の実行行為と評価することも可能である。これに対して、第2審判決および最高裁決定のように、第2行為についてのみ殺意が認定されるというのであれば、第2行為についてのみ殺人罪の実行行為が肯定されることになるだろう。

問題は、第1行為について、「何ら罪責を負わない」（鈴木評釈）ということにならないのではないかという点にある。というのは、第1行為である「連れ出し行為」について、実際に連れ出した被害者の長男に遺棄行為が認められることから（この段階では、保護責任者遺棄罪であり、その後ホテルでの死亡結果について、第1審判決（確定）は、保護責任者遺棄致死罪の成立を肯定した）、それに対して被告人は関与しているからである。私見によれば、被告人には、この長男の保護責任者遺棄罪との（単純）遺棄罪の共謀共同正犯の成立を認めることができるように思われる。被告人は、長男からの電話による状況説明から、被害者の病状から扶助を要すべき状態であることを認識し、執拗に病院からの連れ出しを説得し

たわけであるから、正犯性を肯定できるであろう。したがって、被告人には、60条および65条2項の適用によって、単純遺棄罪の成立が認められることになる。さらに、第2行為につき成立する殺人罪の成立が認められ、両罪は包括一罪の関係に立つと解することができよう。

なお、長男の罪責については、第2行為への関与がいかなるものであったか、必ずしも明らかではないが、被告人の行為と自己の行為を因果関係における介在事情として捉え、遺棄行為の危険が死亡結果に実現したと考えられるから、保護責任者遺棄致死罪の成立が認められるだろう。

このように、第1行為と第2行為とを分断し、それぞれにつき、被告人（および長男）の罪責を検討することが安定的な解決を導くように思われる。

#### 4 灰皿投げつけ事件

本件においては、行為の統合・分断の問題が違法阻却段階で展開されることになる。すなわち、第1暴行と第2暴行とを統合し、全体として過剰防衛とするのか、あるいは、第1暴行と第2暴行とを分断し、第1暴行は正当防衛、第2行為は違法行為とするのかが、ここでの問題である。

まず、この問題は、過剰防衛の法効果である任意的減免の根拠と関係があるのかが問われなければならない。酒井評釈は、過剰防衛の減免根拠からの考察を行っているが、ここでは、量的過剰防衛か否かが前提問題であることに注意しなければならない。すなわち、量的過剰防衛の事案であるとされた場合に、違法減少説によれば、36条2項は不適用となり、責任減少説によれば、36条2項は適用となるのであり、違法減少説によると量的過剰防衛でなくなり、責任減少説によると量的過剰防衛となる、というわけではない。責任阻却（非難可能性がない）されるから、責任能力がないとはいえないことと同じである。

そこで、反撃行為と追撃行為を一体として判断するか、あるいは、分断して判断するかが問題となる。酒井評釈が指摘するように、従来判例は、全体として1個の過剰防衛を認めてきたのであり、その際の判断資料は、反撃行為と追撃行為との時間的場所的接着性であった。そのような中で、本件最高裁決定は、この時間的場所的接着性が存在するにもかかわらず、両行為を分断し、反撃行為につき正当防衛、追撃行為につき違法行為と判断した。その根拠につき、本件最高裁決定は、侵害の継続性の不存在と防衛意思の不存在に求め、第1暴

行と第2暴行との間には「断絶がある」と判示した。これに対して、拘置所事件最高裁決定は、侵害の継続性の存在と防衛意思の存在を根拠に、全体的に考察して1個の過剰防衛の成立を認めた。このような判例の流れにつき、酒井評釈は、判例の基本的立場は行為の一体的評価を行うものであり、灰皿投げつけ事件最高裁決定は、事案の特殊性から、行為が分断されたものと評価している。すなわち、酒井評釈によれば、判例による一体的評価の判断基準として、反撃行為と追撃行為の時間的場所的接着性を軸として、手段の同一性、犯意の連続等が挙げられている。しかし、それでは、本件最高裁決定において基準とされた、「侵害の継続性の不存在と防衛意思の不存在」という基準との関係は、どのように考えるのであろうか。私見によれば、むしろ逆で、「侵害の継続性の不存在と防衛意思の不存在」が「規範的枠組み」であり、時間的場所的接着性、手段の同一性、犯意の連続等はその下位規範として位置づけられるべきであろう。行為の統合・分断の基礎は、行為意思であり、それが、構成要件該当性では実行行為性（故意・過失）として、違法阻却段階では、たとえば、正当防衛の場合は、防衛の意思として、責任阻却段階では、意思決定として、それぞれ現出するのである。

ところで、灰皿投げつけ事件は、量的過剰の事案であり、これに対して、拘置所事件は、質的過剰の事案であることを根拠に、両者の解決が異なったという見方もできよう。酒井評釈によれば、質的過剰も量的過剰の中に含まれると解され、侵害の継続性の存否は、行為の一体性判断に対して大きな影響を与えるものではないと結論づけている。この点は、私見も同様に考えている。量的過剰という大きな円の中に質的過剰という小さな円が包含されるという「一般法・特別法の関係」と解することができる。ドイツでは、量的過剰を「外延的」過剰防衛、質的過剰を「内包的」過剰防衛と称されており、この点を明確に表現しているといえるだろう。

問題は、さらに、酒井評釈も指摘するように、行為の一体性をどの段階で判断するかという点にある。というのは、反撃行為と追撃行為の一体性判断（防衛の意思か攻撃の意思か）は、正当防衛の成否について行われるのであり、それと、構成要件該当性段階における一体性判断との関係が問題とならざるを得ないからである。

以前の論稿で、私は、次のように論じた。比較的長文であるが、引用させて

いただきたい。

しかし、このように、行為・実行行為を、防衛の意思か攻撃の意思かによって分断する手法、すなわち、防衛の意思があれば統合し、攻撃の意思があれば分断するという手法に問題はないのであろうか。なぜなら、このような手法は、正当防衛の成否から構成要件該当性を判断するという犯罪論体系上の問題があるように思われるからである。構成要件該当性の判断は、行為・実行行為、結果、因果関係などの構成要件要素の存否によって判断される。その後、正当防衛の成否が判断されるのであり、正当防衛の成否の関係で構成要件該当性が判断されるわけではない。その点で、最高裁平成20年決定における第1審判決が、傷害致死罪としつつ過剰防衛を認める手法の方が犯罪論体系上は妥当であったように思われる。(改行) もっとも、構成要件該当性は傷害致死罪として行為を統合しながら、なお、違法阻却段階における正当防衛の判断において、防衛の意思の有無を考慮して、行為を分断することも可能であろう。すなわち、構成要件該当性は統合、違法阻却は分断するという手法がこれである。たとえば、偶然防衛について、犯罪成立説、正当防衛説の他に、未遂説が主張されている。前2者の見解は、構成要件該当性において統合された行為に対して、違法阻却段階においても全体的に評価するものであるが、防衛の意思必要説からの未遂説は、構成要件該当性において統合されたとしても、違法阻却段階において分断を肯定する考え方である。この未遂説によれば、防衛の意思が存しないことから、防衛行為ではなく、違法行為とされるが、結果として正当防衛だったことを、たとえば、私見によれば、制裁規範の発動がないとして、未遂とするわけである(43条の準用)。すなわち、行為は違法だが、結果は適法というわけである。未遂説によれば、殺人罪の場合ではなく、傷害致死罪が問題となる場合には、傷害罪に止まることになる。このような処理方法は、構成要件該当性においては、傷害致死罪となるが、違法阻却段階で、傷害罪の成立を認めるというものである。(改行) 同様な処理方法を量的過剰防衛の場合においても適用すれば、違法阻却段階で、第1暴行



は正当防衛，第2暴行は違法行為と分断し，前者によって結果が発生している平成20年最高裁決定の場合は，第1暴行は正当防衛となり，違法行為である第2暴行の傷害罪のみの成立が（違法阻却段階において）認められることになる。（改行）このように，構成要件該当性段階における行為・実行行為の分断・統合は，違法阻却や責任阻却の問題と無関係に判断されるべきであるが，構成要件該当性が確定した後，場合によっては，違法阻却段階や責任阻却段階において分断・統合が行われることもある。（改行）かりに行為・実行行為が責任能力の関係でも分断・統合を認めるならば，たとえば，長崎地裁平成4年判決の事案を修正し，暴行開始時には責任無能力状態であったが，殴打し続けるうちに酔いが醒めて責任能力状態に回復し，前者の暴行が致命傷となって死亡したという場合，構成要件該当性の段階において，責任無能力状態での暴行と責任能力状態での暴行とをあらかじめ分断し，傷害罪の成立のみが認めるという帰結になろう。しかし，これは責任能力の有無をあらかじめ判断して行為を切り取るという手法である点で疑問があり，構成要件該当性段階においては傷害致死罪の成立を認め，責任阻却段階において責任能力の有無が判断されるべきであろう<sup>11)</sup>。

このような私見に，酒井評釈も賛同しているが，さらに構成要件該当性の判断に影響を与えることになり，いわゆる「ブーメラン現象」が生じると論じている点は，不可解である（酒井評釈はブーメラン現象を許容する）。私見によれば，構成要件該当性において成立する犯罪には影響を及ぼすとは考えていない。たとえば，灰皿投げつけ事件においては，構成要件該当性においては，第1暴行と第2暴行は，正当防衛の成否（すなわち，防衛の意思か攻撃の意思か）に関係なく，暴行という攻撃意思による一貫した行為であり，時間的場所的接着性もあり，それらの行為と死亡結果との間に因果関係も肯定されることから，傷害致死罪の構成要件該当性が肯定される。次に，正当防衛の成否について，第1暴行は正当防衛肯定（したがって，違法阻却），第2暴行は正当防衛否定（したがって，違

<sup>11)</sup> 高橋・前掲注2) 「犯罪論における分析的評価と全体的評価」43頁以下参照。

法行為)と分断して判断するわけである。違法阻却段階で傷害罪が成立することを認めることになるが、このような手法は、原因において自由な行為について、責任モデルによれば、結果行為時に殺意があり、殺人罪の実行行為が肯定されたとしても、原因行為時に暴行の故意しかなかった場合に、責任段階で傷害致死罪を肯定することと同じである。

したがって、ブーメラン現象は存在しないことになるが、酒井評釈は、責任故意を認める見解がブーメラン現象にならざるを得ないかのように論じているが、この点について若干言及しておきたい。たとえば、誤想防衛の場合に責任故意を阻却する見解に対して、過失犯の構成要件該当性から検討すると、ここでは、構成要件の故意が認められるが、また責任故意が阻却されてしまうというように、ぐるぐる回ってしまうというブーメラン現象が生じてしまうという批判がなされている。しかし、構成要件の故意があり、故意犯の構成要件該当性が認められた上で、それに対して、故意としての責任非難を加えることができるか否かが責任故意の問題であると考えれば、責任故意が阻却された場合には、過失としての責任非難を責任段階で付与すれば足りるのである(責任過失)。すなわち、故意犯の構成要件該当性が肯定されたが、過失犯の責任しか問えないという帰結となるわけであり、遑って過失の構成要件該当性を検討する必要はないのである。こうして、ブーメラン現象は回避できることになろう。

最後に、刑の均衡論を含め、帰結の妥当性について、若干の検討を行う。灰皿投げつけ事件においては、最高裁のように(私見同旨)、行為を分断した場合、第1行為は正当防衛となり、第2行為につき傷害罪のみの成立となり、行為を統合した場合、傷害致死罪で過剰防衛の成立が認められることになる。統合の場合の方が刑が重くなることになり、第1行為が正当防衛であることが無視されることになろう。かりに、第2行為によって死亡した場合には、傷害致死罪で過剰防衛という帰結になるが、灰皿投げつけ事件においては、死亡結果は正当防衛の結果であることから、同様の帰結に至ることは妥当でないだろう。次に、拘置所事件においては、最高裁のように(私見同旨)、行為を統合した場合、傷害罪で過剰防衛の成立が認められ、行為を分断した場合、第1行為は正当防衛となり、第2行為は暴行罪となる。本件最高裁決定は、第1行為の暴行から生じた傷害が正当防衛であることにつき、「有利な情状として考慮すれば足りる」と判示した。この判示については、批判も多い。たしかに、傷害結果が正

当防衛の結果であるにもかかわらず、傷害罪を成立させることについて、有利な情状としてのみ考慮することは問題であろう。しかし、行為の一連性判断の規範的枠組みである「防衛の意思か攻撃の意思か」によって帰結された以上、この問題点を回避することはできないように思われる。

行為の分断を徹底させることは、第1行為、第2行為のいずれの行為で結果が発生したか不明である場合に、傷害罪の罪責を負わせることができなくなる点で妥当でなく、行為の統合を徹底させることも、拘置所事件のように刑の不均衡が生じざるを得ない点で妥当ではないが、規範的枠組みからの帰結である以上、甘受せざるを得ないように思われる。

## 5 おわりに

以上、3つの判例評釈に対するコメントという形で、「複数行為の結果惹起」という問題に検討を加えてきた。この問題は、これまでの理論刑法学においては、ほとんど無視されてきたものである。それは、もっぱら事実認定にかかわる問題として位置づけられていたからである。しかし、どの行為を刑法的評価の対象とするかという問題が、理論刑法学と無関係なはずがない。事実、この問題は犯罪論全体にかかわることが、いまや明らかとなっている。さらにいえば、このような新しい問題が展開されてきたことには、ロースクール教育の影響が大であるように思われる。すなわち、理論と実務の架橋、規範と事実の架橋がこれである。このような方向はこれからも維持されていかなければならないだろう。

今回取り上げた3つの判例は、きわめて注目に値するものである。わが国独自の解決手法として、諸外国に輸出すべきものであり、これまで諸外国からの理論の輸入に傾斜していたわれわれの研究にも反省を促すものといえよう。

今回の企画によって、私見を再考する機会を与えていただき、大変感謝している。企画を遂行された山口学兄、鈴木学兄、酒井学兄にこの場を借りて感謝申し上げたい。