

**2015年度同志社大学大学院司法研究科**  
**前期日程入学試験問題解説**  
**刑事法（刑法）**

〔問題1〕 国家的法益・社会的法益に対する罪について被害者の同意が問題になるとすれば、それはどのような場合か、具体例を挙げて説明しなさい。

「被害者の同意」とは法益主体である被害者がその者の法益に対する侵害に同意することをいい、被害者の同意があることにより、構成要件該当性が阻却される類型と違法性が阻却される類型とがある。本問は、「被害者の同意」が刑法解釈論において果たす機能は何かを理解しているかを問うものである。一般に、「被害者の同意」は、同意内容が被害者にとって処分可能な個人法益についてのみ妥当する法理であると教科書等では解説されている。そのため、本問をみて何を答えてよいか迷った受験生も少なくないかもしれない。しかし、「被害者」は法益主体であれば足りるから、国家や社会を含むことは可能である。本問は、いわゆる1行問題で配点も少ないので、二つの法益のうち馴染みのある放火罪の規定を取り上げるだけでよいだろう。

社会法益の罪でみると、放火罪の成立要件は、誰しも学修しているだろう。放火罪は、公衆の生命・身体・財産に対する公共危険犯であるが、同時に108条の放火罪が「現住」・「現在」の建造物等の場合を109条の「非現住」・「非現在」の場合より重く処罰し、かつ、109条2項は建造物等が「自己所有に係る」ときは公共の危険が発生しなければ罰しないとし、さらに110条1項は建造物等以外の物の場合は具体的な公共の危険の発生を要するが、同2項は、「自己所有に係る」ときは1項の場合より処罰を減輕する旨規定していることも知っているだろう。こうして、放火罪が同時に個人の生命・身体・財産に対する罪の性格を併せ持っていることは理解しているはずである。

そうだとすると、「被害者の同意」があれば、現住建造物放火罪（108条）は、現住者の同意により非現住建造物放火罪（109条1項）に当たり、所有者の同意により自己の所有に係る放火罪（109条2項、110条2項）に当たると解されることになる。このように、被害者の同意があることにより、放火罪の適用条文が異なることになる。

答案では、被害者の同意の法理が放火罪の規範の解釈に影響を及ぼし、108条は109条ないし110条2項の適用に変わることを示せば足りる。

なお、国家的法益に関しては、虚偽告訴罪（172条）について、その保護法益が適正な刑事司法作用・懲戒作用と虚偽申告をされる個人の利益のいずれであるかが争われている。判例は主たる利益は前者にあるとするが（大判大正元・12・20刑録18輯1566頁）、学説には後者を重視し個人の利益の侵害がなければ同罪は成立しないと解する見解も有力である。判例の立場からは、被申告者の同意があっても本罪は成立しうるが、個人の利益を重視する後者の見解に立つと、自己に関する虚偽申告は国家的法益に対する危険が介在しても不可罰の点で争いはないから、被申告者の同意があれば可罰性を否定しうることも可能である。ここまで論じることができればパーフェクトだが、些か細かい論点であるため、ここまでは要求していない。

〔問題2〕 以下の文章を読んで、XとYの罪責を述べなさい（特別法上の罪を除く。）。

X女は、夫のVに愛人が出来たことに腹を立て、Xに好意と同情を寄せていたYからV殺害を提案され、あらかじめYが用意した遅効性の毒物を毎夜晩酌の際にXが酒に混ぜVに服用させることによって、半年程度で徐々に衰弱させて自然に病死したように装おうと計画した。Xがこれを実行し始めて1週間程度経った頃、Vがいつものように晩酌しながら、Xの手料理にケチをつけた。そのため、我慢できなくなったXは、台所から出刃包丁を持ち出し、Vの胸部を突き刺し殺害した。

## I 問題の所在

本問は、実行の着手、実行行為後の介在事情がある場合の因果関係の判断を主たる論点とし、基本的な刑法総論の論点について聞いているが、解答の仕方によっては、結論に相違が出てくる事例である。

本問では、①夫（V）の浮気に腹を立て、友人のYからV殺害を提案され、具体的な殺害計画を両者で立てた。②その殺害計画は、Yが用意した遅効性の毒物を毎夜晩酌時にVに飲ませることによるもので、死亡結果を惹起しうる効果が現れるのは約半年後である。③毒物投与の実行を開始した（第1行為）後、約1週間後に、VがXに暴行を加えた。④これに我慢が出来なかったXは、包丁でVの胸部を突き刺し（第2行為）殺害した。以上の事実が認められるが、①と②においては、XとYの共犯関係はどうか。すなわち、Xは、自らVに毒物を服用させているから正犯であるが、YからV殺害を提案されている点で、Yは教唆犯か（共謀）共同正犯かが問題となる。次に、Xが実行した毒殺行為は、約半年後に効果の出る遅効性の毒物を使用しているため、実行行為の開始はどの時点かが極めて重要な問題となる。なぜなら、毒性が遅効性のため殺害結果の具体的危険性は、③と④の時点ではないとすると、殺人の実行の着手の前にVを刺殺したことになり、殺人予備の段階において第2行為を行ったことになるからである。その際、XはV殺害を企図して第1行為に及んだが、Vから暴行を受けたことを契機に我慢できず、第2行為に及んでいることから、第1行為と第2行為を一連の行為とみるのか、それとも分断して評価するのが問題となる。一連の行為と評価すべきであるとする、両者を1個の行為と見て、第1行為の開始時に実行の着手が認められ、介在事情は問題とならない。これに対し、第1行為と第2行為とは分断して論ずるべきであると考え、第1行為の段階で実行の着手が認められれば、第2行為は実行行為後の介在事情となり、Vの死亡結果との因果関係の判断が問題となる。

他方、Yについては、上述のように、第1行為について共同正犯と教唆犯の区別が問題となる。Xの第2行為については、Yとの共謀の射程内にあったかが問われる。

## II 罪責の検討

### 1 構成要件該当性

Xの罪責は、Vに対する殺意をもって、毒殺行為に着手し（第1行為）、1週間後に、刺突行為に及び（第2行為）殺害した点で、第1行為と第2行為との関係を「一連の行為」

とみて1個の行為と評価するか、それとも分断してそれぞれ独立の行為とみて評価するか。

本件では、たしかに、第1行為も第2行為も殺意に基づく点で一貫している。しかし、クロロホルム殺人事件（最決平成16・3・22刑集58巻3号187頁）と異なり、犯行計画では第1行為に及ぶ段階で、第2行為を留保し、第2行為で結果を実現しようと企図していたわけではない。すなわち、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のものとはいえず、第1行為の成功を前提に第2行為を遂行する計画ではなく、第1行為による殺害計画の実現が待てなかったがゆえに第2行為に及んだものであり、第1行為は第2行為に密接性がない。したがって、両者は分断して評価すべき行為である。

本件では、人の胸にナイフで刺突する行為は致死結果を惹起しうるため、Vの死亡結果は、明らかにXがYの胸を刺突した行為に起因し、第1行為があっても、第2行為がなければその時点では結果が発生していたとはいえないため、行為と結果との間に条件関係を有し、第2行為に内在する危険が現実化しVの死亡結果を惹起した。

問題は、第1行為と結果との関係である。まず、第1行為の実行の着手時期であるが、Xは、致死結果の発生効果が約半年後に生ずる遅効性の毒物を毎夜Vに投与し、1週間後に第2行為に及ぶまでの間継続している点について、どの時点で実行の着手が認められるか。本件のような先例はなく、学説においてもほとんど論じられていない。判例の立場は必ずしも明らかではないが、上掲最高裁16年決定は行為者の行為計画の考慮を正面から認めたが、従来から、故意や行為計画を考慮に入れて、構成要件的结果発生に至る実質的危険性を判断していたものといえる（最決昭和40・3・9刑集19巻2号69頁、最決昭和45・7・28刑集24巻7号585頁等）。未遂犯を結果犯と捉える結果無価値一元論の立場からは、本件遅効性の毒物を少しずつ服用させる行為については、危険結果が発生した段階、すなわちそのまま放置すれば死亡するに至る段階が実行の着手時期ということになり、本問でも1週間後にVの生命維持に悪影響を与えていなければまだ殺人罪の実行の着手は肯定されないという理解も可能であろう。その場合は、殺人予備罪が成立することになる。一方、判例の立場からは、Xは、殺害計画では半年掛けて遅効性の毒物を服用させてVを殺害する意図で毎夜Vの酒に混ぜてVの体内に蓄積させ殺害しようとしたのであるから、連続した行為の第1段階で、結果発生にいたる実質的危険があるとして、殺人罪の実行の着手が認められることになろう。

問題は、第1行為とV死亡の結果との間の因果関係である。第1行為にはVの死亡結果に至る危険を現実化する力はなく、Vの死亡結果は介在する第2行為により惹起したので、第1行為と最終結果の間には因果関係が断絶し、第1行為には殺人未遂罪が成立する。後述のように、Yとは共謀共同正犯の関係にある。

したがって、Xには、殺人未遂罪と殺人罪が成立し、前者は後者に吸収され一罪となる。

## 2 共犯関係

### (1) 教唆犯と共謀共同正犯

Yの罪責は、YがXに対する教唆犯か共謀共同正犯かが問題となる。たしかに、YがV殺害をXに持ち掛けている点で殺人罪の実行を教唆しているように見えるが、YはXに好意と同情を寄せ、遅効性の毒物を用意してXがVに晩酌で怪しまれずに服用させることにより時間を掛けて死亡させる犯行計画を立てているなど（事前共謀）、犯罪の完成に重要な役割を果たし、実行行為を分担してはいないが、正犯意思をもち、共同実行の意思で相互

利用・補充関係があると認定できれば、Yは、Xとの第1行為である殺人未遂罪の共謀共同正犯となる。これに対し、Yに正犯意思で相互利用・補充関係の意思を認めがたいというのであれば、Yには殺人未遂罪の教唆犯が成立することになり、本問でも教唆犯の成立を肯定することは可能ではあるが、実務上は少ない。

## (2) 共謀の射程

共謀共同正犯が成立するためには、一部の者による実行が「共謀に基づくものでなければならない」。共謀は、一部実行の全部責任を基礎づける実体であることから、具体的内容を有するものである必要があり、結果惹起について「共謀の範囲内」にあったことを明確にする必要がある。これを共謀の射程という。本問では、Yは、Xが犯行計画の途中で当初の計画と異なる暴行に出たのであるから、共謀の射程範囲でなく、共犯として帰責されないことになる。

結局、Yには、Xと殺人未遂の共謀共同正犯が成立する。

## IV おわりに

この問題は、法学部の3年生ないし4年生程度の学力で解ける程度の内容である。答案では、法的三段論法により、第1に、規範を与え、条文に謳われた犯罪規定の解釈指針について明らかにし、第2に、問題文の事実をそれにあてはめ、第3に、罪責を示す結論を導く必要がある。