

## 殺人罪の実行行為の特定

（東京高裁平成一三年二月二〇日判決。平一二（う）二二一七号刑四部、  
控訴棄却（上告）殺人被告事件、判例時報一七五六号一六二頁）

奥村正雄

### 【事実の概要】

被告人は、その妻A子（当時二八歳）が他の男性と情交関係を結んでいるものと疑ってA子を詰問するなどし、他方A子からも離婚したいなどと言われ、婚姻関係に亀裂が生じていた。某日、被告人は、マンション九階の被告人方において、A子から暗に交際する男性がいるがごとき発言をされたり、ヒモ呼ばわりされたり、あるいは家賃の負担もしていないので早く出て行けなどと罵られたことから、激昂するとともに、もはやA子との関係修復を図るのは困難であると悟り、A子を他の男性に取られたり、最愛の長女B子を手放すくらいならば、いつそのことA子を殺害して自らも死のうと決意し、台所から洋出刃包丁（刃体の長さ約一六・六センチメートル）を持ち出し、殺意をもって、A子を床上

に押し倒して馬乗りになつたうえ、本件包丁でA子の左胸部等を数回突き刺した。その後、A子が立ち上がったて玄関に走り出したので、被告人は本件包丁を持ったまま追い掛け、ガス中毒死させようと考えてA子を引き戻したうえ、浮気の有無等を問いただしたところ、A子がこれを認めて謝罪した。そこで、被告人が本件包丁を台所に置きに行くとの間に重傷を負ったA子がベランダに逃げ出し、両足を手すりに乗せ、背中をベランダの外側に向けて膝を曲げた状態で、手で隣家のベランダとの境目の仕切り板を掴んで、手すり伝いに隣家のベランダ内に逃げ込もうとしたため、被告人は、A子を連れ戻そうとして、声をかけることもなくA子に掴みかかり、A子が被告人の手を振り払って抵抗するなどしているうちにバランスを崩し、A子はベランダから転落して地面に激突し、背部及び胸部等の打撲による外傷性ショックにより死亡した。

以上の事実に対して、被告人は、殺人罪で起訴された。これに対し、被告人側は、本件包丁を持ち出したのはA子を脅して黙らせるためであり、ベランダに逃げたA子を追い掛けたのは連れ戻そうと思つたからであるなどの点で、殺人の実行行為性と殺意の存在を否定し、被告人の行為とA子の死亡との間には因果関係がないと主張した。

原判決は、「被告人が確定的故意をもって被害者の胸部等を本件包丁で突き刺し、その後、被害者がベランダから転落するまでの間、右確定的殺意が終始継続していたことが明らかとすべきである。」として確定的殺意の存在を明確にしたうえで、被告人がA子を掴む行為とA子死亡との間の因果関係について以下のように判示した。「本件における被害者の死因は、被告人方ベランダから落下して地面に激突したことにより生じた背部並びに胸部打撲による外傷性ショックであり、その原因は、ベランダの手すり伝いに隣家に逃げ込もうとして手すり上に逃げ出した同女を連れ戻そうとして被告人が同女に掴みかかった際に、被告人から逃げようとした同女がバランスを崩して地面に落下したことにあり、被告人の行為と被害者の死亡との間の因果関係について付言するに、前述したとおり、被告人は、確定的殺意

をもって被害者の胸部等を本件包丁で突き刺し、その後も被害者がベランダから転落するまでこの殺意を継続させていたものであり、また、被害者も被告人のこのような意図を察知してベランダの手すり伝いに隣家に逃げ出そうとしていたものであるところ、被害者は手足に血液を付着させたままベランダの手すりの上に不安定な姿勢で立っていたのであるから、このような被害者に対して掴みかかれば、被害者がこれから逃げようとし、その際にバランスを崩すなどしてベランダから落下するであろうことは誰が考えても予想できるところであり、そうなれば被害者が死亡するであろうこともまた当然予想できることであるから、被告人の行為と被害者の死亡との間に因果関係が存することは明らかである。このように判示して、原判決は、殺人既遂罪の成立を認め、被告人に懲役一〇年を言い渡した。

弁護側は控訴し、被告人は、殺意がないので傷害罪しか成立するに過ぎず、本件は被告人の加害行為後に被害者の転落事故により致死結果を生じたものであり、被告人に責任がないから、原判決には事実の誤認があると主張した。

本判決は、控訴を棄却し、第一審判決の認定事実を是認したうえで、これを前提に検討し、以下のように判示した。なお、本判決について弁護側から上告が行われたが、最高裁は、上告趣意は上告理由に当たらないとし、上告を棄却している。<sup>1)</sup>

## 【判旨】

「被告人は、刺突行為を終え、本件包丁を流しに戻した後も、被害者を自己の支配下に置いておけば出血多量により死に至るものと思っていたため、被害者が玄関から逃げようとするのを連れ戻し、また、ベランダから逃げようとした被害者を連れ戻してガス中毒死させようと考えて、掴まえようとしたものである。刺突行為により相当の出血をしている被害者が、地上からの高さが約二四・一メートルもあるベランダの手すり伝いに逃げようとしたのも、このまま被告

人の監視下にあれば死んでしまうと考え、命がけで行った行為と解される。

そうすると、被告人の犯意の内容は、刺突行為時には刺し殺そうというものであり、刺突行為後においては、自己の支配下に置いて出血死を待つ、更にはガス中毒死させるといふものであり、その殺害方法は事態の進展とともに変容しているものの、殺意としては同一といえ、刺突行為時から被害者を掴まえようとする行為の時まで殺意は継続していたものと解するのが相当である。

次に、ペランダの手すり上にいる被害者を掴まえようとする行為は、一般には暴行にとどまり、殺害行為とはいえないが、本件においては、被告人としては、被害者を掴まえ、被告人方に連れ戻しガス中毒死をさせる意図であり、被害者としても、被告人に掴まえられれば死に至るのは必至と考え、転落の危険も省みず、手で振り払うなどして被告人から逃れようとしたものである。また、刺突行為から被害者を掴まえようとする行為は、一連の行為であり、被告人には具体的内容は異なるものの殺意が継続していたのである上、被害者を掴まえる行為は、ガス中毒死させるためには必要不可欠な行為であり、殺害行為の一部と解するのが相当であり、本件包丁を戻した時点で殺害行為が終了したものと解するのは相当でない。

更に、被告人の被害者を掴まえようとする行為と被害者の転落行為との間に因果関係が存することは原判決が判示するとおりである。

以上によれば、被告人が殺人既遂の罪責を負うのは当然である。」

## 【研究】

### I 問題の所在

本件では、殺意をもって被害者を刺突する行為（刺突行為＝第一行為）の後、ベランダに逃げ出した被害者を連れ戻しガス中毒死させる意図でこれを追い掛けベランダの手すり伝いに隣家に逃げ込もうとした被害者に掴みかかる行為（掴みかかる行為＝第二行為）により、これを避けようとした被害者がバランスを崩して、九階マンションのベランダから転落して死亡したと認定された。この事実について、第一行為である「刺突行為」により殺人罪の実行行為に着手した後に、第二行為である「掴みかかる行為」によって被害者の転落死結果が発生したというやや特殊な因果経過をたどった場合に、殺人罪の成立を肯定しうるかが問題となった。

論点は、殺人の実行行為性の認められる「刺突行為」の後に、それ自体殺人の実行行為性を認め難い「掴みかかる行為」が行われ、しかも後の第二行為を通して転落による死亡結果が発生していることから、第二行為の刑法的評価をどのように行うかにある。その評価のためには、第一行為と第二行為との関係をどのように捉え、また、第二行為と結果発生との関係をどのように捉え、さらに第二行為に殺意を認めうるかが問われる。一審は、被告人の殺意は被害者がベランダから転落して死亡するまでの間一貫して継続していること、「掴みかかる行為」と被害者の転落による死亡結果との間の因果関係があることを認定し、殺人既遂罪の成立を認めた。これに対し、本判決は、一審判決の事実関係を基本的に支持しつつ、殺意の点についてより詳細に認定し、その内容に変化があるものの殺意としては同一であることを強調したうえで、「刺突行為」と「掴みかかる行為」を一連の行為と評価して、殺人の実行行為性を認めた。最高裁も、理由は明確ではないが、上告を棄却した時点で二審と同様の判断を示したことになる。本判決は、第一の実行行為に着手後、第二の一般的には実行行為とはいいい難い行為の介在により結果が発生した場合に、犯意と行為の連続性を重視して

実行行為性の判断を示した点が注目される。

本件について殺人既遂罪の検討を行う場合、本判決に対する裁判官の匿名解説が指摘するように<sup>②</sup>、解決方法としては、①「刺突行為」と「掴みかかる行為」を区別して、「刺突行為」を殺人の実行行為とする考え方、②「刺突行為」と「掴みかかる行為」を区別して、「掴みかかる行為」を殺人の実行行為とする考え方、③「刺突行為」と「掴みかかる行為」の一連の行為を殺人の実行行為とする考え方がある。①の立場によると、刺突行為と被害者の転落死との間の因果関係の存否、因果関係の錯誤の処理が問題となり、②の立場によると、「掴みかかる行為」自体に殺人の実行行為性と殺意を肯定しうるかが問われ、被害者の転落死は「早すぎた結果の発生」の問題となり、③の立場によると、「刺突行為」と「掴みかかる行為」との関係および実行行為の特定が問題となる。本判決は、このうち③の立場を採用したわけであるが、その判断の当否が問われる。

## II 複数行為に関する判例の態度

本件事案の特殊性は、既述のように、第一行為につき刺殺の意図による殺人の実行行為性があることに異論はないものの、第二行為の「掴まえる行為」はその後にガス中毒死させる計画のために連れ戻す目的によるもので意図の内容が変化しており、しかもそれ自体は殺人の実行行為性を認め難い第二行為から被害者の転落死という結果が発生したという点にある。本判決は、「掴まえる行為」について、これを「刺突行為」と一連のものともみなすことにより実行行為性を肯定しているが、上記③の立場をとって一個の実行行為とみなすとしても、刺突による出血死やガス中毒死ではなく予想外の転落死を惹起した点で因果関係の錯誤があるといえるため、「早すぎた結果の発生」の問題類型に入るようにみえる。

では、このように、それ自体単独では殺人の実行行為性を認め難い行為が介在して複数行為が関わり結果実現に至る事案について、従来の判例は実行行為性をどのように捉え、「早すぎた結果の発生」の問題をどのように解決してきたのであろうか。

### (1) 複数行為の実行行為性の判断

① 名古屋地判昭和四四年六月二五日は、被害者が夕食時に飲用する清酒やジュースの中に睡眠薬を混入して服用させ、四時間後、眠り込んだ被害者の顔面を殴打して気絶させたうえ（第一行為）、被害者を自動車で山間部に運び運転席に座らせ衝突死または墜落死させようとしたが（第二行為）、被害者が目を覚ましたため未遂に終わった事案について、「これら一連の行為を広く統一的に観察し、最終的な現実の殺人行為そのもの以前において行われる行為についても、それらの行為によってその行為者の期待する結果の発生が客観的に可能である形態、内容を備えている限りにおいては、前述したとおりその行為の結果は後に発生するであろう殺人という結果そのものに密接不可分に結びついているわけであり、従ってその行為は殺人の結果発生について客観的危険のある行為と謂うことができるから、その行為に着手したときに、殺人行為に着手したものである」と判示した。同判決は、一連の行為を行為者の意図した殺害計画の一環として捉え、それ自体単独では実行行為性を認め難いが、後の殺人行為を容易にし、行為者の期待する結果実現に密接不可分に結びついており、結果発生の客観的危険性があるとして、第一行為の段階で殺人の実行の着手を認めている。

② 大阪地判昭和五七年四月六日は、後に殺害する意図をもって、まず被害者の両手足を縛り上げ、寝袋へ入れ、ひもで縛り権利証等を強取した後に、気絶させる目的で頭部をガラス製灰皿で数回殴打し（第一行為）、その後、殺害を

行う(第二行為)を計画していたところ、第一行為で傷害を負わせた行為について、第一行為につき殺意を否定したうえで、「本件殴打行為が、その後に予定されていた同女の殺害という行為そのものに密接不可分に結びついていると評価するのは困難であり、未だ殺人の結果発生について直接的危険ないし現実的危険性のある行為とは認め難い」と判示して、強盗殺人未遂の成立を否定した。同判決は、行為者が具体的な犯行計画を持たず、第一行為と第二行為の間に相当の時間的間隔(約一〇時間)があるなど、殴打行為と殺害行為が密接不可分の関係にはないことを理由として、第一行為は殺人罪の実行の着手に当たらないと判断したものといえる。<sup>5)</sup>

これら二つの下級審判例のみで判例の態度を一般化するのには困難ではあるが、判例は、複数の行為が関わる実行行為性の判断について、犯意の継続性と行為計画、及びそれぞれの行為の時間的・場所的密接不可分性による「行為の連続性」を重視しているといえよう。本判決の事案は、第一行為が既に実行行為性が明らかである点でこれらの判例と異なる。しかし、重要なことは、第二の「掴みかかる行為」が第一の「刺突行為」の一部ではなく、その後企図されたガス中毒死に不可欠な行為として実行行為性を肯定し殺害行為の一部とみなされている点にある。

(2) 「早すぎた結果の発生」の判断

③ 静岡地判昭和三十九年九月一日は、店舗入口等にガソリン約五リットルを撒布した後マッチで点火しようとしたところ、撒布されたガソリンが可燃性蒸気となり店内の練炭コンロの火が燃え移り、焼損した事案について、「被告人は本件建物焼燬の意思の下にガソリンを撒布したものであり、且つ右行為により本件建物の焼燬を惹起すべきおそれのある客観的状态に至ったというべく、従って被告人は放火の意思をもって放火罪の構成要件に該当する行為を開始したと見るのが相当である。」と判示し、現住建造物等放火罪の成立を認めた。第一行為は放火予備に過ぎないようにもみえ



るが、同判決は、第一行為の段階で行為者は企図したことの大半を終了しており焼損の現実的危険性が発生したと判断している。

④ 横浜地判昭和五八年七月二〇日は、密閉された家屋内において放火目的で約六・四リットルのガソリンを撒布して（第一行為）、放火前にタバコを吸うためにライターを点火したところ、ガソリンに点火する（第二行為）の前に、その火がガソリンの蒸気に引火爆発させ、家屋を全焼させた事案について、ガソリンを撒布した段階で、「ガソリンの臭気が室内に充満し、被告人は鼻が痛くなり、目もまばたきしなければ開けていられないほどであったことが認められるのであり、ガソリンの強い引火性を考慮すると、そこに何らかの火気が発すれば本件家屋に散布されたガソリンに引火し、火災が起こることは必定の状況にあったのであるから、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ずるに至ったものと認められるから、右行為により放火罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。」と判示して、放火罪の実行の着手を認めた。その上で、同判決は、「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場所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』が否定されるわけではなく、放火既遂の責任を免れない」と判示している。この事案は、ガソリン撒布後、タバコを吸うためのライター点火行為という過失行為の介在により結果が発生してしまつた事例であるが、同判決は、犯意の継続性と因果経過が一般人の予想範囲内であり相当因果関係が存在することを理由に、既遂責任を認めている。

⑤ 最決平成一六年三月二二日は、生命保険詐取目的により被害者Aの事故死を偽装しようとして企図し、被害者に多量

のクロロホルムを嗅がせて失神させた(第一行為)後、Aを自動車の運転席に運び入れ同車を海中に転落させて沈め(第二行為)、死亡させたが、Aの死因が溺水による窒息か、それともクロロホルム摂取による呼吸停止、心停止、窒息、ショック、肺機能不全なのかが特定できなかったという事案について、以下のように判示した。被告人らは「第一行為によってAが死亡する可能性があるとの認識を有していなかった。しかし、客観的にみれば、第一行為は、人を死に至らしめる危険性の相当高い行為であった。」「第一行為は第二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、第一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在しなかったと認められることや、第一行為と第二行為との間の時間的・場所的接近性などに照らすと、第一行為は第二行為に密接な行為であり、実行犯三名が第一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、実行犯三名は、クロロホルムを吸引させてAを失心させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯三名の認識と異なり、第二行為の前の時点でAが第一行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けることなく、実行犯三名については殺人既遂罪の共同正犯が成立するものと認められる。」同決定は、本判決以降に出たものであり、「早すぎた結果の発生」の典型的事例として最高裁が初めて判断した判例であり、多くの議論を呼んでいるが、<sup>⑨</sup>第一行為と第二行為とを一応区別した上で両者の密接関連性を重視し、①第一行為が第二行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠であったこと、②第一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事情が存在しなかったこと、③第一行為と第二行為との間の時間的・場所的接近性、④犯意の継続性を根拠に、第一行為から予想外に早く結果が発生した場合に殺人既遂犯が成立するとする解釈を示した。

このように、「早すぎた結果の発生」の事例の解決について、判例は、複数行為が一連の行為であることを前提に、

第一行為と第二行為との密接不可分性と犯意の継続性・犯行計画を考慮して、後の行為で予定していた結果が予想外にその前の行為から発生した場合でも、故意既遂犯が成立するという解釈を示している。

### Ⅲ 本判決の論理

#### (1) 「刺突行為」について

「刺突行為」が殺意をもつて行われたことについて、本判決は、原判決とほぼ同様に、被告人が殺傷能力の高い本件包丁で身体の枢要部である胸部を目掛け多数回にわたり相当程度の「刺突行為」に及んでおり、致命傷にならなかつたのは被告人の右の握力が弱かつたことや被害者の必死の抵抗によるものと推認され、被告人の「刺突行為」は執拗かつ相当強度なもので殺意を推認させるに十分であるからとする。これにより、「刺突行為」に殺人罪の実行行為性と殺意の存在の認定が行われている。こうして、本判決は、第一行為である「刺突行為」自体に殺人罪の実行行為性を認め、その段階で殺人罪の実行の着手にあたりと判断したことになる。

#### (2) 「掴みかかかかる行為」について

次に、「掴みかかかかる行為」の本件事案における意味については、原判決は特に言及せず、後述するように、転落死との間の因果関係の存否を判断する限りで検討を加えている。

これに対し、本判決は、「被告人は、刺突行為を終え、本件包丁を流しに戻した後も、被害者を自己の支配下に置いておけば出血多量により死に至るものと思っていたため、被害者が玄関から逃げようとするのを連れ戻し、また、ベランダから逃げようとした被害者を連れ戻してガス中毒死させようと考えて、掴まえようとしたものである。刺突行為に

より相当の出血をしている被害者が、地上からの高さが約二四・一メートルもあるベランダの手すり俵いに逃げようとしたのも、このまま被告人の監視下にあれば死んでしまふと考え、命がけで行った行為と解される。」<sup>11</sup>とする。こうして、本判決は、「刺突行為」による出血死のおそれのある被害者がこれを免れようとベランダ沿いに逃げようとしたのを連れ戻そうとして「掴みかかる行為」に及んでおり、「掴みかかる行為」の本件事案における意味を「刺突行為」との関連で明らかにしたうえで、後述するように、ガス中毒死に向けた実行行為の一部と位置づけるのである。

### (3) 殺意の継続性

殺意の継続性について、原判決は、詳細な事実認定に基づいて、被告人が確定的殺意をもつて刺突行為から、出血死を待つ行為、そしてベランダからの転落死に至るまで終始継続していたことを明らかにしている。しかし、原判決は、殺意の継続性が「掴みかかる行為」の実行行為性の判断にどのように関わるかについては明らかにしていない。

これに対し、本判決は、「被告人の犯意の内容は、刺突行為時には刺し殺そうというものであり、刺突行為後においては、自己の支配下に置いて出血死を待つ、更にはガス中毒死させるといふものであり、その殺害方法は事態の進展とともに変容しているものの、殺意としては同一といえ、刺突行為時から被害者を掴まえようとする行為の時まで殺意は継続していたものと解するのが相当である。」として、殺意の継続性を明らかにしている。そのうえで、本判決は、この殺意の継続性に基づき行為の連続性を認定するのである。

### (4) 「刺突行為」と「掴みかかる行為」

そこで、「刺突行為」と「掴みかかる行為」の関係についてみると、本判決は、既述のように、「刺突行為」の段階で

実行の着手があると捉えている。その上で、本判決は、「ベランダの手すり上にいる被害者を掴まえようとする行為は、一般には暴行にとどまり、殺害行為とはいいい難いが、本件においては、被告人としては、被害者を掴まえ、被告人方に連れ戻しガス中毒死をさせる意図であり、被害者としても、被告人に掴まえられれば死に至るのは必至と考え、転落の危険も省みず、手で振り払うなどして被告人から逃れようとしたものである。また、刺突行為から被害者を掴まえようとする行為は、一連の行為であり、被告人には具体的内容は異なるものの殺意が継続していたのである上、被害者を掴まえる行為は、ガス中毒死させるためには必要不可欠な行為であり、殺害行為の一部と解するのが相当であり、本件包丁を戻した時点で殺害行為が終了したものと解するのは相当でない。」として、実行行為の連続性を強調したうえで、「掴みかかる行為」を「ガス中毒死させるためには必要不可欠な行為」と位置づけ、殺害の実行行為の一部と解している。

以上の判断に続いて、本判決は、「掴みかかる行為」と被害者の「転落行為」との間の因果関係について、両者の間に「因果関係が存することは原判決の判示するとおりである。」とし、「以上によれば、被告人が殺人既遂の罪責を負うのは当然である。」と判示した。

原判決も、「掴みかかる行為」と被害者の転落死との間の因果関係について判断を加え、「このような被害者に対して掴みかかれば、被害者がこれから逃れようとし、その際にバランスを崩すなどしてベランダから落下するであろう」とは誰が考えても予想できることであり、そうなれば被害者が死亡するであろうことも当然予想できることであるから、被告人の行為と被害者の死亡との間に因果関係が存することは明らかである。」と判示している。これは、実行の着手後に被害者の行為が介在した場合において、行為時からみて被害者の行為の予見可能性が認められるとするものであり、相当因果関係説の折衷説または客観説に従った判断を示したものと見える。問題は、原判決が因果関係の判断の基礎となる実行行為について明確にしていなところにある。この点について、本判決は、原判決に対し「被告人がべ

ランダにおいて被害者に掴みかかった行為については、実行行為の一部であるかどうかを明確に判示しておらず、その理由付けは不十分であって、首肯しがたい。」と批判している。もともと、本判決は、これに続けて、「しかし、これまで検討したところから明らかなように、被告人に殺人罪が成立するものと認められるから、被告人に殺人罪の成立を認めた原判決に事実誤認があるとはまではいえない」として、結論自体は支持している。ともあれ、「掴みかかる行為」に実行行為性が認められなければ、この行為と転落死との間の因果関係の存否が判断できない。原判決は、「刺突行為」から「掴みかかる行為」まで殺意は継続していると強調し、その行為から被害者を転落させる行為についても殺意の継続性（その内容は概括的なものと解しているように思われるが）<sup>12)</sup>を認めることにより、「掴みかかる行為」と転落死との間の因果関係を肯定したのである。原判決は、「掴みかかる行為」の意義を明確にせず、実行行為を特定しなかつた点に問題があった。

これに対し、本判決は、殺意の継続性は「刺突行為」から「掴みかかる行為」に至るまで認められることを前提に、「刺突行為」では実行行為は終了せず、刺突され出血死のおそれのある被害者がこれを免れるためベランダ沿いに逃げようとするところを、その延長線上にあるガス中毒殺に必要不可欠な「掴みかかる行為」から必死に逃れようとしてバランスを崩して転落したという点で、両者の密接な結び付きから一個の実行行為と捉えて「行為の連続性」が認められるとし、「掴みかかる行為」により被害者を転落させる行為を企図したガス中毒殺の実行行為の一部であると解している。

ところで、この予想外の転落死は、「早すぎた結果の発生」の問題と無関係であろうか。たしかに、本判決は、「早すぎた結果の発生」の問題に言及していない。それは、本件は「刺突行為」という先行する殺人の実行行為が存在しており、故意は一貫しているものの、第二行為で結果を実現しようとしたら予想外に第一行為から結果が発生した「早すぎた結果の発生」の典型的事例ではないからであろう。しかし、被害者をガス中毒死させようと思つて「掴みかかる行為」

に及んだら、その前に転落死してしまったという点で、「早すぎた結果の発生」があったといえるのではないか。その場合、因果経過について行為者の錯誤が問題となるが、判例は因果関係の錯誤の問題を因果関係の存否の問題として処理する立場をとることから、本判決も特に言及していない。問題は、「掴みかかる行為」をガス中毒死させる行為の実行行為の一部といえるかどうかにある。この点は、後に述べる。

#### IV 本判決に対する評価

本判決の判例評釈等は、本判決の論理について、これを支持する立場と批判する立場に分かれている。<sup>13</sup>

本判決を支持する立場は、本判決が「刺突行為」から「掴みかかる行為」までの全過程を全体として一連の殺人の実行行為として捉え、そのような実行行為と被害者の死亡との因果関係が認められれば殺人罪が成立するとした論理を妥当なものとして評価している。

これに対し、批判する立場のポイントは、本判決が「掴みかかる行為」について、殺人の実行行為性と故意を認めうるかを問題とすることにある。すなわち、「掴みかかる行為」は、連れ戻すために行われたもので、ガス中毒殺の計画があったとしても、中毒死させるためには、連れ戻して動けないようにして、ガスのコックをひねるといった多数の中間的行為の介在が必要であるからという理由で、殺人の実行行為性を肯定することを疑問視する。そこで、既述した本件の解決方法としての①である、「刺突行為」と「掴みかかる行為」を分け、前者のみを殺人の実行行為と捉える見解が主張されている。このうち、「掴みかかる行為」は、殺人の予備行為にすぎず、被害者をして転落死に至らせたのは過失行為であると捉える見解が多い。もつとも、そのような見解の中でも、<sup>14</sup> a) 二行為説、<sup>15</sup> b) 原因において故意ある行為説、<sup>16</sup> c) 刺突行為危険実現説<sup>17</sup>に分かれる。a) 説は、自然的観察からみれば二つの行為があり、第一の「刺突行為」は被害

者に致命傷を与えることなく包丁を台所へ戻した時点で終了しており、第二の「掴みかかる行為」により過失で転落死させたので、殺人未遂罪と過失致死罪の併合罪が成立すると解する。⑥説は、社会的行為論の観点から基本的には①説と同様に殺人未遂罪と過失致死罪の併合罪になるが、そのような場合においても、「原因において故意ある行為」という法理、すなわち、「第一行為がなければ死の原因となった第二行為はなく、第二行為をしないことへの期待は第一行為をしないことへの期待と同じであって、第一行為は殺意をもってなされ、これをしないことへの期待は大であり、それは同時に第二行為をしないことへの期待でもあり、この期待に反した第二行為に対する責任非難は殺人行為と評価できるといふ」と考え方に従い、結論的には殺人既遂罪が成立するとする。⑦説は、「掴みかかる行為」がガスマ毒殺の予備行為であり、転落死は刺突行為の事後の過失行為と捉え、強姦の故意で暴行を加えたが、被害者が逃走する際に転倒して負傷した場合の傷害結果の暴行への帰属と同様に、本件は刺突行為の危険が結果に実現した事実とみるべきであるとして、結論的には殺人既遂罪が成立すると解する。これらの見解は、いずれも「刺突行為」により第一の実行行為は終了しており、新たに異なる殺害方法のための第二行為が行われたと解している。

⑧説に対しては、「掴みかかる行為」はガスマ毒殺を目的とした違法な暴行であるから傷害致死罪の成否を論ずるべきであると批判が加えられている。「掴みかかる行為」を過失行為とみることに批判については、⑨説、⑩説、⑪説に共通するが、逃げる被害者を連れ戻すために行った「掴みかかる行為」は、仮に殺意が認められない場合でも、少なくとも暴行の故意は認めうるので、過失犯の成否を問題とすることには疑問がある。もっとも、⑫説のように、「掴みかかる行為」という暴行を「刺突行為」の危険に織り込んで評価すれば過失犯の成否は問題とならないが、「掴みかかる行為」は「刺突行為」を構成する一部ではないので、強姦の故意で加えた暴行が被害者の転倒による負傷した傷害結果の暴行への帰属の問題と同列に論ずることはできないように思われる。一方、⑬説の「原因において故意ある行為」



の法理は、ウエーバーの概括的故意の事例の解決方法の一つとして主張されている見解<sup>19</sup>であるが、それによると「掴みかかる行為」（結果行為）をしないことへの期待は「刺突行為」（原因行為）に出ないことへの期待可能性と同じということになる。しかし、第二行為に出るなという期待可能性は第一行為に出るなというそれと同じであるとの根拠は乏しい。むしろ、「刺突行為」に着手した者に対して、「掴みかかる行為」に出るなという期待可能性は低くなる場合が多いのではないか。<sup>20</sup>

その他、④殺人未遂罪説<sup>21</sup>も主張されている。同説は、具体的な行為態様を捨象した故意により故意責任を基礎づけることへの疑問と、「掴みかかる行為」の殺人罪の実行為性を認めることへの疑問から、「掴みかかる行為」には転落死を惹起した点で傷害致死罪が成立するが、「刺突行為」との一連の殺意に基づく行為として評価し、包括して殺人未遂罪のみの成立を認めるべきであると主張する。しかし、行為者の殺意の継続性を肯定しつつ、死の結果発生との因果関係が認められるにも関わらず、殺人未遂罪の成立にとどまるという解釈は困難であるように思われる。

## V 本判決の意義

本件は、殺害の現実的危険性を惹起する「刺突行為」の終了後に、「掴みかかる行為」により転落死を惹起したという点で、第一行為からみれば「遅すぎた結果の発生」にあたるように見え、ウエーバーの概括的故意の事例に近いようにもみえるが、第一行為で結果を発生させたと思つて第二行為に及んだわけではないため、この事例の類型とは異なる。他方、本件は、第二行為で結果の発生を意図して第一行為に及んだところ、予期に反して第一行為で結果が惹起した「早すぎた結果の発生」の典型例とも異なっている。しかし、ガス中毒死させる目的で被害者を「掴みかかる行為」により予定より早く転落死結果を実現させたという意味では「早すぎた結果の発生」の事例といえる。ただ、「掴みかか

る行為」それ単独では殺人の実行行為性を認め難いが、その行為から転落死が発生し因果関係が認められる。この結果について被告人に殺人既遂罪の責を負わせるためには、「掴みかかる行為」に殺人の実行行為性を認める必要がある。

そこで、本判決は、具体的内容は異なるものの、刺殺、出血死、ガス中毒死へと殺意が継続していることから、これを基礎にして、「刺突行為」では殺人罪の実行行為は終了せず、これと「掴みかかる行為」とを一連の連続した行為とみなすことにより、「掴みかかる行為」を「刺突行為」の後に予定したガス中毒殺の手段として必要不可欠な行為の一部と捉えて、行為の連続性を認定し、殺人の実行行為性を特定している。本判決は、「被害者としても、被告人に掴まえられれば死に至るのは必至と考え、転落の危険を省みず、手で振り払うなどして被告人から逃れようとしたものである。」と判示して、原判決と同様に、「刺突行為」により生命の危険にさらされた被害者がさらに「掴みかかる行為」による転落死の危険を省みず逃れようとしたとすることで、二つの行為の一体性・一連性を補強している。このような本判決の論理は支持できようであろう。

こうして、本判決は、些か特殊な事案に関する事例判断ではあるが、基本的には従来の複数行為の実行行為性の判断に関する判例の態度を踏襲し、密接不可分な関係にある複数の一連の行為を殺意の継続性を基礎に殺人罪の実行行為性を肯定した点に意義がある。

#### 〈本判決に対する判例評釈等〉

石井徹也「殺人罪における実行行為と因果関係の錯誤」現代刑事法四二号(二〇〇二年)八九頁、大山弘「行為者自身の第二行為の介入」法学セミナー五六五号(二〇〇二年)一〇九頁、岡野光雄「実行行為後の行為による結果の発生」平成一三年度重要判例解説(二〇〇二年)一四九頁、佐藤弘規「被告人が殺人の実行行為に着手した後、一

般的には殺害行為とはいい難い行為によって死亡の結果が発生した場合、これらを一連の殺害行為ととらえて殺人既遂罪の成立を認めた事例」研修六四七号（二〇〇二年）一三頁、塩谷毅「殺人の実行為と早すぎた構成要件実現」判例セレクト01（刑法二）（二〇〇二年）二六頁、高橋則夫「実行為と故意の存在時期」現代刑事法三三三号（二〇〇二年）一〇二頁、前田雅英「実行為の特定」最新重要判例二五〇刑法第六版（二〇〇七年）一四頁、松原久利「殺人の実行為後、逃亡する被害者をガス中毒死させる意図で掴みかかる行為によって死亡結果が生じた場合と殺人既遂罪の成否」受験新報六一一号（二〇〇二年）一八頁。山中敬一「いわゆる早すぎた構成要件実現と結果の帰属」板倉宏博士古稀祝賀論文編集委員会『現代社会型犯罪の諸問題』（二〇〇四年）九九頁。

(1) 最決平成二三年六月二五日（判例集未登載）。佐藤弘規「被告人が殺人の実行為に着手した後に、一般的には殺害行為とはいい難い行為によって死亡の結果が発生した場合、これらを一連の殺害行為ととらえて殺人既遂罪の成立を認めた事例」研修六四七号（二〇〇二年）一八頁参照。

(2) 判時一七五六号一六二頁参照。

(3) 判時五八九号九五頁。

(4) 判夕四七七号二二頁。

(5) 強姦罪の類型においても、最決昭和四五・七・二八刑集二四卷七号五八五頁は、自動車内で姦淫するという行為者らの行為計画を考慮し、行為者が自動車内に被害者を「引きずり込む行為」（第一行為）の後、約五キロメートル先に行き自動車内で「姦淫する」（第二行為）を行ったが、第一行為の段階で被害者に傷害を負わせたことについて、その段階で強姦に至る客観的危険性が認められるとして、強姦致傷罪の成立を認めている。最高裁は、犯意・行為計画と行為の連続性の観点から、「引きずり込む行為」自体は強姦の直接の手段ではないが、その段階で姦淫の具体的危険の発生があると判断したものと思われる。同旨の判例として、名古屋高金沢支判昭和四六・二・二一三刑裁月報三卷一、二、号一六一三頁等がある。

(6) 下刑集六卷九一〇号一〇〇五頁。同旨の判例として、広島地判昭和四九・四・三判タ三二六号二八九頁がある。

殺人罪の実行行為の特定

同志社法学 六〇巻六号 四四八 (二八八四)

(7) 判時一一〇八号一三八頁。  
(8) 刑集五八巻三号一八七頁。

(9) 同決定に關する判例評釈として、塩見淳「早すぎた結果の発生」刑判例百選Ⅰ総論第六版(二〇〇八年)一三〇頁、奥村正雄「殺人罪の実行の着手時期と早すぎた結果の発生」同志社法学五九巻六号(二〇〇八年)五四三頁および両者に挙げられた文献。

(10) 同決定が被告人らの認識と異なり、第二行為の前の第一行為により死亡していても「殺人の故意に欠けるところはない」と判示している点については、必ずしも理由付けが明確ではないが、因果関係の錯誤があつても、認識された事実と発生した事実とが構成要件的に符合している限り故意は阻却されないという通説的見解に立っていると解せられる。

(11) 本判決は、次の事実認定を前提としている。「被告人は、右刺突行為後も、重傷を負つた被害者が玄関から逃げ出そうとするのを捕まえて連れ戻し、同女に対する救護等の措置を全く講じないどころか、日頃から抱いていた不倫の疑いについて詰問したこと、同女がこれを認め謝つたので、それまでの疑問に思っていた気持が晴れ、同女は、このまま放つておいても暫くすれば死ぬだろうと思つたこと、同女がベランダに飛び出して行つたので後を追ひ掛け、ベランダの手すり伝いに隣室へ逃げ込もうとしている同女を見て、部屋の中に連れ戻してガスマスクをかけるという気持から、同女の腕を掴もうとして手を伸ばしたところ、同女が転落したこと、再度逃げ出しベランダ上で不安定な姿勢でいる同女に対し、更なる危害を加えない旨安心させるような声もかけずにいきなり掴みかかり、同女が転落した後も、救急車の手配や警察への通報等、同女の安否を気遣うような行動は一切なく、ベランダの仕切り板を壊した後、長女と無理心中を図ろうとしたことが認められる。」判時一七五六号一六四頁。

(12) その意味で、原判決は本件を「ウェーバーの概括的故意」の事案として捉えているという理解も可能であろう。そのような理解として、山中敬一「いわゆる早すぎた構成要件実現と結果の帰属」板倉宏博士古稀祝賀論文編集委員会『現代社会型犯罪の諸問題』(二〇〇四年)一〇一頁。本件を「ウェーバーの概括的故意」の事案と捉える立場として、佐久間修「実行行為と故意の概念」曹時五七巻一二号(二〇〇五年)三五四二頁。

(13) 板倉宏「早すぎた構成要件の実現」日本大学法科大学院法務研究二号(二〇〇六年)四頁、岡野光雄「実行行為後の行為による結果の発生」平成一三年度重要判例解説一四九頁、佐藤・前注(一)一三頁、前田雅英「実行行為の特定」最新重要判例二五〇刑法第六版一四頁、松原久利「殺人の実行行為後、逃亡する被害者をガスマスクで窒息させる意図で掴みかかる行為によって死亡結果が生じた場合と殺人既遂罪の成否」受験新報六一号一八頁。

- (14) 石井徹也「殺人罪における実行行為と因果関係の錯誤」現代刑事法四二号八九頁、大山弘「行為者自身の第二行為の介入」法学セミナー五五号一〇九頁、塩谷毅「殺人の実行行為と早すぎた構成要件実現」判例セレクト01(刑法一)二六頁、高橋則夫「実行行為と故意の存在時期」現代刑事法三三三号(二〇〇二年)一〇二頁、山中・前注(12)二二六頁。
- (15) 大山・前注(14)一〇九頁。同様に、自然的に見て二個の行為があるとするとするものとして、塩谷・前注(14)二六頁。
- (16) 高橋・前注(14)一〇五～一〇六頁。
- (17) 山中・前注(12)二二六頁。
- (18) 岡野・前注(13)一五〇頁。
- (19) 中野次雄『刑法総論概要「第三版補訂版」(一九九七年)一二五頁、高橋則夫「ウエーバーの概括的故意・実行行為の途中からの責任能力の低減」現代刑事法三三三号(二〇〇一年)一〇三頁等。
- (20) ウエーバーの概括的故意の事例でも、第一行為の絞首行為の後、死亡したと錯誤して犯行の隠蔽のため砂場に遺棄した第二行為により、砂末を吸引して死亡した場合、第一行為に着手した者が犯行の隠蔽等のために第二行為に出るのは適法行為の期待可能性がないといえよう。山中敬一『刑法総論「第二版」(二〇〇八年)三五六頁。
- (21) 石井・前注(14)九五頁。