

# ロースクールのための刑事事実認定論試稿(1)

丸山輝久

---

はじめに.....	100
第1 刑事事実認定の基本原則.....	102
第2 事案の捌き方(その1).....	111

---

## はじめに

刑事事件を担う法曹実務家の作業は、まさに、生の証拠(事実)との戦いである。検察官の作業は、捜査で収集した証拠を分析・評価して起訴事実を確定し、公判でその存在及び量刑に関する情状を証拠によって裏付け、有罪判決を獲得するという連続した活動の集積である。また、弁護人は、捜査段階においては捜査が適正に行われるようチェックするとともに、被疑者に有利な証拠を自ら収集し、公判においては開示された証拠及び自ら収集した証拠に基づいて起訴事実に対峙する事実(情状も含めた)を提示して、被疑者・被告人の権利を擁護するためにする連続した活動の集積である。そして、裁判官は、審判対象を明確化し、証拠決定をし、取調べた証拠を分析・評価して、起訴事実の存否及び量刑事情に関する心証を形成していく連続した判断作業の集積である。したがって、実務家に最も必要な能力は、生の証拠を分析・評価して証拠能力を吟味し、自分の役割から見た積極事実と消極事実を振り分けてその優劣を判断し、自己の主張事実を構成し表現する能力である。

ロースクールにおいても、これらの能力を身につける初歩的訓練がなされなければならないはずであり、これが実務と理論の架橋であるはずである。しかし、ロースクールでは生の事実、生の証拠に触れることは許されないという意見が強いし、可能だとしても著しく制約がある。したがって、ロースクールで素材にする事実、裁判官が整理・分析・評価した判例が中心となる。また、判例解説に関する論考も、事実の選定、分析の方法に向けられる場合は少なく、殆どは判例が整理した事実とその分析・評価を前提として、法律の解釈・適用の検討に向けられている。したがって、生の事実や証拠から犯罪を組み立てていく方法、組み立てられた犯罪が正しいかという観点から事実や証拠をチェックしていく方法は極めて軽視されるか無視されている。

そればかりか、司法試験合格のためという目的が最優先されるため、判例が行っている事実の整理すら軽視され、法律の解釈・適用がみを重視するという傾向が強い。その結果、実務家にとって最も重要な事実や証拠の分析力、発想力、構成力などを修得する学習は望むべくもなく、判例を追認する思考、即ち、判例の解釈・適用を憶える知識力、記憶力の養成が主とならざるをえない。これでは「判例を批判的に検討する」と言ってみても無理である。

もう一つ述べておきたいことは、刑事事実認定は、実体法と手続法とが融合した連続した作業であるということである。即ち、刑事事実認定は、捜査の端緒から判決の確定に至るまでの、証拠の集積、それに伴う心証の深化を経て捜査段階の到達点である起訴事実(訴因)の確定、証拠能力のある証拠の取調べ、公判廷での検察官と弁護人

の攻防の積み重ねを基に、起訴事実の存否に関する心証を深化させていく過程であり、その到達点が判決なのである。したがって、審判の対象が特定されているか、審判の対象と心証とのズレが生じていないか、心証形成に資する証拠に証拠能力があるかなどに絶えず気を配っていなければならない、即ち、訴因論、証拠論を前提にしなければならない。そして、証拠能力の有無の判断も広い意味では事実認定なのである。裁判は生き物であり、絶えず変化していくと言われる由縁がここにある。司法試験問題で融合問題も提示すべきであるとの意見も聞かれたが、今なおそのような兆しすら感じられないことは残念なことである。

本稿は、以上の考え方を基にし私が担当している「刑事事実認定論」受講生に対する講義ノートである。本試稿において、具体的に留意した点は次のとおりである。

第一に、実体法と訴訟法の融合を可能な限り試みた。刑事事実認定は、当事者主義・直接主義を軸とした、捜査の開始から判決まで連続した証拠集積に基づく判断作業の過程であると位置づけた。その結果、捜査で収集した証拠も含めた証拠論、攻防及び審判の対象である訴因論も事実認定と有機的に連結させなければならない。

第二に、前述のロースクールの制約から判例を素材する外はないので、判例の事実の摘示の手法とその是非までを検討対象とし、特に、審級ごとに結論が異なる判例を重視した。それは、裁判官が判決のために整理したという限定的な事実ではあるが、積極事実、消極事実を見分けた上での事実の整理及び評価を俎上にすることによって、事実を見分ける思考方法に触れる必要があると考えたからである。

第三に、認定手法について、連続した行為を細切れに検討するのではなく、発生した結果を重視し、誰をどのような犯罪に問うのが妥当かという思考方法を提案している。これは実務家の発想であり、受験生が陥りがちな行為ごとに分断して犯罪成立要件を検討し、実務的には不必要な犯罪まで成立させる形式論を極力抑えるべきであると考えたからである。以上を踏まえた上で、次のような構成となる予定である。

- 第1 刑事事実認定の基本原則

刑事裁判における事実認定とは何か、起訴便宜主義(検察官処分権主義)の意味と危惧、裁判における当事者主義の意味、刑事裁判における事実認定の基礎原理を問題にする。

- 第2 事案の捌き方(その1)

ここでは、犯罪事実を確定するに際して、何に焦点を当て、どこまでを一つの犯罪として括るべきか、刑法総論的視点から犯罪成立を阻害する事情の処理を中心に述べる。

- 第3 訴因論(認定の対象)

訴因制度を支える4つの法原理とその役割、訴因変更の要否、訴因変更の可否を問題にする。

- 第4 証拠論(認定の資料)

ここでは、証拠裁判主義、伝聞証拠、自白の証拠能力、違法収集証拠の問題を論ずる。

- 第5 事案の捌き方(その2)

ここでは、財産犯の捌き方について述べる。

本稿は、「第1 刑事事実認定の基本原則」、「第2 事案の捌き方(その1)」に関するものである。

## 第1 刑事事実認定の基本原則

### 1 刑事裁判における事実認定とは

刑事裁判における事実認定とは、狭義の意味では、証拠能力のある証拠に基づいて、検察官が起訴した公訴事実(訴因)の存否を判断する作業である。したがって、認定する対象を特定し、争点を整理・明確化する訴因論と、認定に供してよい証拠を確定させ、証拠を分析・評価するための証拠論を前提にしなければならない。

**刑法1条**は、刑事裁判は「公共の福祉と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする」と規定している。

民主主義国家における刑罰権の行使は、国民の付託に基づくものであるから、公正・公平に行われて国民に信頼されるものでなければならない。そのためには、法を適用すべき事実の認定が国民から見て納得できるものでなければならないし、それに対する法の適用が公正・公平であることが必要不可欠である。すなわち、事実認定が正しく行われることが刑事裁判の基本であり、それなくして公正・公平な法適用も意味がない。

同条の「事案の真相を明らかにし」とは**実体的真実主義**を定めたものであるといわれている。「実体的真実」とは、制限された制度(制限された証拠と法定手続)の下で究明される「できるかぎり真実らしい事実」であり、相対的真実にすぎない(絶対的真実は神のみぞ知るである)。即ち、刑事裁判における事実認定の作業には、過去に起こった事柄を、事後に収集された証拠に基づいて判断した事実にすぎないのであり、真実ではなく、限りなく真実らしい事実を追究する判断作用にすぎないという制約がある。

また、刑事裁判における真実追究は、国家、社会の秩序維持という「公共の福祉」と個人の「基本的人権の擁護」という対立的概念を調和しつつ行われなければならないとされている。「公共の福祉」を重視すれば、「真犯人を逃してはならない。真犯人は必ず

処罰されなければならない。」という命題を重視し、有罪・無罪の境界線上の事案について有罪認定に傾くことになる。また、迅速な刑罰権の行使に傾き、「迅速」を重視すれば拙速な審理の危険性があり、被告人の弁解を丁寧吟味することを怠りがちになる。

さらに、刑事訴訟法は**自由心証主義**を採用し、「証拠の証明力は、裁判官の自由な判断に委ねる。」と規定している(同法318条)。これは、裁判官は、職業的良心と信念にのみ基づいて、証拠評価をして犯罪事実の存否を判断しなければならないという意味である。しかし、裁判官の良心や信念は、個々の裁判官の国家観、人生観、思想、宗教観、心情などに依拠しており、裁判官ごとにそれらが異なる以上、上記対立概念についての軸足が異なる。そのため、裁判の進め方、証拠採用、証拠判断、法解釈などが異なってくる場合が当然予定されている。法制度は、その不均衡、不合理を級審制度で是正しようとしている。しかし、上級審が前者の立場の場合、一審有罪判決の安易な追認、一審無罪判決否定による逆転有罪という結果になるし、再審の扉は極めて厳しいものになる。

日本の裁判制度に対して、事実認定の観点から2つの疑念が投げかけられてきた。一つは、国民の裁判に対する信頼が揺らいでいるという疑念である。これは、現行刑事裁判が余りにも精密手法化して国民には解りにくい上に、判決までに長期間を要するために訴訟経済的合理性を失っているのではないかという指摘と、誤判・再審無罪が後を絶たない上に、判決理由に説得性に欠けるものが少なくないとし、職業裁判官にだけ任せておけないのではないかという指摘である。裁判員裁判制度と被疑者国選弁護制度の導入はその疑念の延長線にある。私は、両制度の導入については高く評価している。しかし、この疑念の根源は糾問的捜査構造の下での調書重視(自白重視)による弊害であり、「自白は証拠の王」とする考え方を捨てない限り、また、糾問的捜査構造を改めない限り払拭できない。また、被疑者国選弁護制度は、弁護人の助言と指導を得ているとの理由で、安易に自白の任意性を肯定する理由にされる危険性があるし、裁判員裁判制度は、前提となっている公判前整理手続で、主張・立証制限されることによる被告人の不利益、「迅速」重視の裁判による不十分な審理を招きかねない。

もう一つは、これも国民の裁判に対する信頼が揺ぐ原因ではあるが、被告人の権利のみ重視されて犯罪被害者の立場が無視されているのではないかという疑念である。そのために犯罪被害者が刑事裁判手続に参加できる制度が設けられた。私はこれについても反対ではない。しかし、被害者の感情的訴えが事実認定を歪める危険性、重罰化の危険性を孕んでおり、刑罰権は国家権力が謙抑的に行使すべきであるという原則に、犯罪被害者の権利という個人の権利擁護を介在させることにより私的報復の場に

ならないという保障はない。

いずれにしても、上記諸制度の導入より、弁護人の役割は極めて重要となったといえる。

また、刑事裁判制度とは直接関係はないが、上記各制度の実施によって裁判が劇場化し、第四の権力といわれる報道の影響から、裁判の独立性、公平性、中立性をどう守るかという重要な問題があることも忘れてはならない。

## 2 起訴便宜主義(検察官処分権主義)

訴追権は検察官が独占している(刑訴法247条)。いかなる犯罪について審判を求めるか否かは、検察官の権限である(同248条)。公訴提起は、検察官が捜査の過程で収集した証拠に基づいて、公判で有罪判決を獲得できると判断した公訴事実を訴因に構成して起訴し、立証して処罰を求めるものである。したがって、訴因は、検察官が捜査によって到達した事実認定の結論である(訴因論で詳述する)。

### (1) 捜査の持つ本質的危険性

捜査権は、一次的に司法警察官が持ち(刑事訴訟法189条2項)、二次的に検察官が持っている(同191条1項)。そして、検察官は、警察の捜査の適正かつ必要性について**一般的指示権**を有し(同193条1項)、捜査協力に関する**一般的指揮権**を有し(同2項)、個別事件の捜査について**具体的指揮権**を有している(同3項)。即ち、検察官は、警察の捜査が適法に行われるように指導・監督する役割を担っている。このことが、検察官作成調書について、警察官作成調書より証拠能力において優位性が認められている理由でもある(証拠論で詳述する)。

捜査は、犯罪の訴追を目的とした活動であり、かつ、極めて密行性が強いことからくる危険性を持っている。まず、捜査の性質上、被疑者＝犯人という予断と偏見を持つ傾向があり、その目的の実現のために、証拠収集において違法、不当な収集方法を行う危険性がある。次に、犯人の有罪を裏付ける積極証拠の収集のみに力点がおかれ、犯人性を否定する消極証拠を見落とししたり、無視したりする危険性があるし、収集した証拠を恣意的に扱う危険性がないとはいえない。

したがって、検察官は、訴追権者であるという点で、捜査の適法性、収集証拠の評価の客観性を担保するには限界がある。

また、被疑者も証拠収集の対象とされ、捜査段階での被疑者・弁護人の権限が極めて制限されている現行糾問的捜査構造の下では、捜査権を独占している捜査側は、真実発見という公益的立場から被告人に有利な証拠も収集する義務があると考えるべきである。

## (2) 糾問的捜査構造からくる危険性

捜査段階では、強制力を有する捜査側が収集した証拠を捜査側が全面的に独占している。被疑者が捜査側の収集証拠を垣間見る手段として**勾留理由開示**の制度がある(刑訴法82、83条)。この制度の現状は、勾留に足る嫌疑の存在を裏付ける証拠の告知すら必要とされていないし、理由の告知自体も極めて形式的であり形骸化されている。しかし、被疑者が公開の法廷で勾留の不当性、取調べの違法性を訴えて客観的に記録化する程度の意味はある。

起訴後においても、原則として、検察官は自らが必要と認めた証拠のみしか開示義務はなく、捜査側が収集証拠を独占していることに変わりはない。上記のとおり、捜査側が公的権限に基づいて訴追権を独占しているのであるから、捜査側が収集した証拠を排他的に独占する根拠は乏しく、収集された証拠は、それによって処罰される被告人も、有利不利を問わず、証拠隠滅や第三者のプライバシーの侵害等を考慮しながら、当然に利用できると考えるべきである。そうでないと公判段階で当事者主義をとったとしても、捜査段階での不均衡性は解消できず、武器対等でない当事者主義といえる。したがって、原則として捜査段階の証拠は全て開示すべきであると考えがその実現は難しい。証拠開示の戦いは刑事弁護の歴史であるといっても過言ではない。

裁判員裁判制度の実施によって、公判前整理手続における証拠開示制度が設けられ(刑訴316の15以下)、証拠開示は大きく進展した。その活用如何が今後の刑事弁護の決め手になるが、その手続に乗らない事件についても、公判前整理手続における証拠開示の精神が生かされるべきである(証拠論で詳述する)。

### (勾留理由開示に関する判例)

- 1-1 最決昭29・8・5(勾留理由開示請求は、同一の勾留については勾留が開始せられた当該裁判所において一回に限り許されるものと解すべきである。)
- 1-2 最決昭46・6・14(勾留理由開示請求却下の裁判に対する不服申立は、刑訴法429条1項2号により、その取消または変更を請求することができると解すべきである。)
- 1-3 神戸地決昭47・2・17(刑訴法60条1項各号の該当事由のみを告げて、その基礎となった証拠資料並びに勾留の必要性について開示しなかった勾留理由開示裁判について、「勾留理由開示の手続は既になされた勾留の裁判の理由の告知=開示にすぎず、勾留の理由の可否を判断する裁判に当たらないこと明白である。したがって、これに対する不服申立の方法はなく(もつとも、理由の開示が不適法不相

当の方法である場合には同法309条により異議の申立をする道が開かれている)同法429条の準抗告はできない。」

- 1-4** 山口地決昭45・5・7(「利害関係人」とは本人、弁護人、法定代理人、補佐人、配偶者、直系の親族、兄弟姉妹の身分関係に準ずる程度の社会共同生活関係を有するため直接かつ具体的な利害関係を有する者をいうと解する。)
- 1-5** 田川簡裁決昭36・9・27(広く単に友人知古又は同業者というような、社会的身分関係ないし公訴(被疑)事実に対する関係などにおいて、直接間接に利害関係のある者までも含むとは解せられない。)

### (勾留理由開示における被告人の意見が証拠として使われた最近の判例)

- 1-6** 広島高判平21・12・14(詐欺、殺人、殺人未遂、現住建造物等放火被告事件)
- 1-7** 福井地判平成19・5・10(殺人被告事件)
- 1-8** 熊本地判平19・2・26(贈賄被告事件)
- 1-9** 東京高判平17・6・16(わいせつ図画頒布被告事件)
- 1-10** 東京地判平14・1・23(弁護士法違反被告事件)

### (3) 被疑者(自白)を重要証拠と位置づけていることの弊害

自白重視の捜査、被疑者の身柄拘束(刑訴法199ないし217条)の長期化、無制限の被疑者取調べの許容(同198条但書)などは、自白獲得、自白維持に身柄拘束が利用されていることを如実に示している。実務では自白法則が確立されつつあるが、取調べが可視化されていない現状では被告人の立証の困難性がつきまとっている(証拠論で詳述する)。

裁判員裁判の現実、供述調書などの書証をできるだけ排除し、公判廷の供述を中心とする傾向にある。このことは好ましいことではあるが、刑訴法322条1項によって採用される道が残されており、裁判員裁判では、時間的制約から任意性や特信性の立証が制約されるのではないかという危惧がある。

### (4) 令状主義のノーチェックと実務上の弾力的運用

捜査手続の違法性を抑止するためには、違法な捜査を直ちに停止させる制度の整備と厳格な運用が最も効果がある。しかし、わが国の現状は、逮捕については異議申立の制度がない上に、任意捜査の範囲の拡大解釈、別件逮捕・勾留の無原則な許可、捜索・差押の範囲拡大の許容(刑訴法218ないし220条)など、適正手続については捜査の必要性が優先される傾向が強い。そして、捜査手続の違法性は事後的に、任意性の存否、違法収集証拠か否かの攻防に委ねられ、しかも、判例は、任意性の判断に甘い傾向があり、証拠能力が否定される場合を重大な違法に限定しているため、違法収集証



拠禁止の理論も捜査の適正を担保するには限定的効果しかない(証拠論で詳述する)。

### (5) 弁護活動の制限(刑訴法39条3項、弁護人に対する証拠隠滅罪の適用)

自白獲得が捜査の中心となっている以上、被疑者弁護制度の必要性が極めて大きい。しかし、捜査側が収集した証拠は、起訴前には被疑者・弁護人には一切明らかにされないし、身柄を拘束された被疑者は取調べ受忍義務を負う自白獲得の対象であり、接見禁止処分になった被疑者の**弁護人接見**(同39条)も制限されており、証拠収集の面でも限定的な証拠保全手続(同179条)しか許されておらず、弁護人は証拠隠滅罪の恐れを抱きながら極めて限られた弁護活動しかできない現状にある。

### (6) 起訴便宜主義(刑訴法248条)の過度の信頼からくる危険性

検察官が、情状による起訴裁量権を有するということは、略式裁判制度と相まって、刑事裁判による被疑者・被告人の不利益を軽減するという点では意義がある。他方、驚異的な有罪率に支えられた現行制度は、検察官に対して過度の信頼を与えることになる。その結果、起訴=有罪という予断の危険性(捜査側のリーク情報垂れ流し報道と相まってその危険性は一層強くなる)、刑事裁判の形骸化を招きかねない。

被疑者にとっても、起訴猶予、保釈が自白の取引材料にされたり、被疑者自身が取調官に迎合する危険性がある。

#### (起訴便宜主義に関する参考判例)

- 1-11 大阪高判平7・9・11(強盗致傷(変更前の訴因傷害・窃盗)・窃盗被告事件)
- 1-12 大阪高判昭62.4・16(公職選挙法違反被告事件)
- 1-13 最決昭55・12・17(傷害被告事件)
- 1-14 最判平18・11・20(詐欺、恐喝未遂、出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律違反被告事件)(公訴事実の同一性がないのに訴因の変更決定がなされ、後に取消された場合と公訴時効)
- 1-15 最判平元・6・29(損害賠償請求事件)(公訴提起の適法性)
- 1-16 最判昭55・12・27(公訴権の濫用)
- 1-17 最判昭53・10・20(国家賠償請求事件)(起訴時の検察官の心証の程度)

## 3 裁判における当事者主義

### (1) 起訴状一本主義(刑訴法256条6号)

公訴提起から実質的に当事者主義が始まる。起訴状一本主義によって、有罪を推測できる一切の証拠を添付できないばかりか、訴因として構成される公訴事実にも予断排除が貫かれている。訴因特定・明確化のための求釈明と、予断を抱かせる余事記載

を排除することが重要となる。

判例1-18は、訴因と冒頭陳述の関係を指摘したものであり、同1-19、20は組織内あるいは社会的な地位などの記載が予断を抱かせる余事記載かどうかを判断したものである。同1-21は、簡裁の裁判官が、証拠調べに入る前に、簡裁の管轄を越える刑を科するのを相当とするか否(管轄権があるか否か)かを判断するために、職権で資料を取り寄せたことについて、本案の審理と密接に関連するものであり、これを離れて形式的に判断することのできないものであることから刑訴法256条6項に反するとしたものであり、同1-22は、起訴前の強制処分及び保護処分に関与した裁判官は忌避対象にならないとしたものである。同1-23は、前科記載が適法となる場合に関するものである。

#### (起訴状一本主義に関する判例)

- 1-18 東京高判60・12・4(業務上横領事件)
- 1-19 大阪高判昭57・9・27(傷害被告事件)(余事記載問題)
- 1-20 東京高判昭57・3・4(恐喝、競売入札妨害被告事件)
- 1-21 名古屋高判昭50・6・12(裁判官忌避申立却下決定に対する即時抗告申立事件)
- 1-22 最判昭25・4・12(窃盤建造物侵入被告事件)
- 1-23 最判昭27・3・5(前科の記載)

### (2) 立証責任は検察官

民事裁判は、請求の認諾が認められ、それについては証明を要しない(民訴法266条、179条)。しかし、刑事裁判では、検察官が訴追権を独占していることから、訴追事実を立証できなければ被告人は無罪となるので、挙証責任は原則として検察官が負う。

検察官は、証拠能力ある証拠によって有罪を立証しなければならず、自白のみでは有罪にできない(憲法38条3項)。

### (3) 訴因の拘束力=審判の対象(訴因論で詳述する)

訴追権が検察官に独占されていることから、審判の対象は検察官が起訴した訴因に限定され(不告不理の原則)、検察官は審判の対象を特定しなければならない(刑訴法256条3号、刑訴法規則208条、刑訴法316条の13)。

訴因の特定、訴因の変更の要否(訴因の同一性)、可否(公訴事実の同一性)、訴因変更時季の制限、訴因変更命令義務とその効力が重要なテーマとなる。

判例1-24は、不真正不作為犯の作為義務発生根拠となる具体的事実(状況)を3時間も異なって認定することについて、「時間の長短だけが問題となるような通常いわれる縮小認定とは局面を異にする」が、審判の対象となる犯罪事実の本質的部分とはいえ

ないから、訴因の拘束力はそこまでは及ばないので、訴因の記載事項ではなく、それが訴因に記載されている場合でも、「認定事実において異なる事実を認定することになる場合に訴因変更手続を必ず経なければならないものと解することはできない。」とし、被告人の防御の不利益になるかを検討し、両当事者が本件の重要争点として捉えて攻防を行っているので、「訴因変更をしないまま、作為義務発生の時間を繰り下げて判示事実を認定したことが、不意打ちに当たるとか、被告人に実質的に不利益をもたらすということとはできない。」としている。判例1-25は、常習累犯窃盗として包括一罪となるような事案でも、検察官が、個々の窃盗を単純窃盗罪として複数の起訴をすることを、検察官の処分権主義から肯定できるが、片方を常習累犯窃盗で起訴した場合は、それに包含されて一罪となる窃盗を単純窃盗で起訴することはできないとしたものである。判例1-26は、被害額が訴因記載額を上回って認定できる場合でも訴因の拘束力から訴因記載額でしか認定できないとし、同1-27、28は、訴因変更手続をとらずに訴因を越えた認定をした事例である。

#### (訴因の拘束力に関する判例)

- 1-24 東京高判平21・3・6(詐欺被告事件)
- 1-25 最判平15・10・7(建造物侵入、窃盗被告事件)
- 1-26 福岡地判平6・6・7(法人税法違反被告事件)
- 1-27 大阪高判昭31・4・26(横領詐欺被告事件)
- 1-28 名古屋高金沢支部昭28・9・17(職選挙法違反被告事件)

#### (4) 被告人の防御権の保障(証拠論で詳述する)

- ①防御の対象は訴因として表示された公訴事実の範囲で足りる。
- ②被告人の防御活動の主なものとして、証拠の開示、証拠能力の制限、反対尋問権の保障などがある。

### 4 刑事裁判における事実認定の基礎原理

#### (1) 実体的真実主義(刑訴法1条)

第1の1で述べたとおり、刑事裁判は、証拠に基づいて、過去の「真実らしい」事実の追究にすぎない。しかも、真実の追究は自由ではなく、適正手続に則って行われなければならない。したがって、刑事裁判における真実は二重の意味で相対的なものである。

刑事裁判における事実認定は証拠評価の結論である。即ち、検察官は論告によって自らの事実認定を、弁護人は弁論によって自らの事実認定を、それぞれ表明し、それを前提として裁判所が判決によって事実認定をおこなう。さらに、裁判所の認定する

事実も、一審、控訴審、最高裁判所で異なることが少なくないばかりか、再審によって覆ることも予定されている。

したがって、実務家は、一つの審判対象について、少なくとも三つの異なった事実認定が可能であることが想定し、その合理性、相当性を競うことになる。

### (2) 証拠裁判主義(同317条)(証拠論で詳述する)

実体的真実主義及び自由心証主義に対する制限である。

当事者主義の観点から、**有罪立証の挙証責任は検察官**が負っている。どのような請求をするかは検察官に裁量権があるが、検察官が請求を義務付けられている証拠もある(同300条)。例外的に、裁判所も証拠調べについて職権を発動する義務がある場合がある。それは、審理不尽が上訴理由になっていて、審理を尽くすことが裁判所の責務とされているからである。しかし、裁判所の義務は、証拠請求を促す義務(規則208)が主たるもので、例外的に、公判準備の結果の顕出(刑訴法303条)、更新(同315条、規則213条、213条の2項3号)、破棄差戻し・移送の公判(刑訴法400条)などのように、一旦証拠調べが行われた後の、裁判手続変更に伴う証拠処理において裁判所が証拠調べの義務があるとされているにすぎない。

直接主義・口頭主義から伝聞証拠排除の原則がある。また、厳格な証明と自由な証明との区別をきちんと理解することが重要である。なお、裁判員制度は直接主義、口頭主義を促進する結果となっている。

### (3) 自由心証主義(刑訴法318条)と例外(同319条2項)

自由心証には、**合理的な疑いを超えた証明**がある場合でなければ有罪と認定できないという制限がある。しかし、合理的な疑いを越えた証明自体が極めて抽象的な概念であり、具体的な裁判の場での有効な基準とはなり得ていない。疑わしきは被告人の利益にという命題と、真犯人を見逃してはならないという命題の狭間で揺れ動くことについては第1の1で述べた。

判決書で理由を記載することは、有罪の判決において「法律上犯罪の成立を妨げる理由又は刑の加重減免のとなる事実が主張された場合」のみであり(刑訴法335条2項、同336条)、事実認定に関する主張に対する判断理由の記載は法律上必要とされていない。しかし、控訴理由(同381、382条)、上告審の職権発動による原判決破棄(同411条2、3号)などの規定は、事実誤認も上訴理由となるので、事実判断についての理由を記載することを間接的に予定しているといえる。

実務では、無罪判決の方が事実認定に関する説明が詳細である場合が多い。判決の

理由記載も、直感的判断理由から分析的・論理的な判断理由へ移行し、事実認定に関する判断過程の説明が必要とされるようになった。

後掲の判例を見ると、戦後初期の判例(1-29、1-30)は、裁判官を信用しろという自信・傲慢が見られる。そして、判例1-31における齋藤裁判官の意見は、裁判所の限界を率直に語っており、同1-32は、情況証拠のみによる有罪認定については厳しくなければならないことを高らかに宣言している。しかし、同1-33は、合理的な疑いを越えた証明について「反対事実が存在する疑いを全く残さない場合をいうものではなく、抽象的な可能性としては反対事実が存在するとの疑いをいれる余地があっても、健全な社会常識に照らして、その疑いに合理性がないと一般的に判断される場合には、有罪認定を可能とする趣旨である。」として、合理的な疑いを越えた証明の意味について後退している感がある。同1-34は、上告審における事実認定の方法の限界に関する規定である。同1-35は、破綻した夫婦間の子供の奪い合いについて、刑事司法がどこまで加入すべきかについて裁判官の意見が異なった事例である。

#### (自由心証主義に関する参考判例)

**1-29** 最判昭23・8・5(刑事裁判の真実とは)

**1-30** 最判昭24・4・14(強盗未遂銀行構内侵入、強盗住居侵入各被告事件)(直感的心証形成)

**1-31** 最判昭38・9・12(汽車顛覆致死等被告事件=松川事件)(刑事裁判における真実発見の限界)

**1-32** 最判昭48・12・13(情況証拠のみによる認定と高度の蓋然性)

**1-33** 最決平19・10・10(強盗強姦被告事件)(上訴審と自由心証)

**1-34** 最決平19・10・16(爆発物取締罰則違反、殺人未遂被告事件)(合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証とは)

**1-35** 最判17・12・6(児童の略取誘拐事件)

## 第2 事案の捌き方(その1)

### 1 はじめに

刑事処罰は、原則として、発生した結果が法律で定めた要件に該当する場合に発動される。例外として、重要な犯罪については**未遂罪**が定められており、ごく限られた重要な犯罪について**予備罪**が定められている。いずれも、なんらかの意思の現れとしての行為が必要であり、単に、意思や思想のみを処罰することは許されない。

したがって、まず、発生した結果(侵害された法益)を、次に、行為に表れた意思(故意)と行為の意味(構成要件該当性)を問題にしなければならない。

## 2 結果発生(保護法益の侵害)

結果発生とは刑罰法が保護しようとする権利(保護法益)の侵害を意味するのであるから、誰のどのような保護法益が侵害されたかを確定することが最初の作業でなければならない。即ち、発生した結果から遡って何罪の成立が問題かを考えるのが最も自然で、分かりやすい。

そして、刑事処罰権の抑制的行使の要請、公判維持・迅速処理などの観点から、侵害された保護法益の回数だけ犯罪を成立させるべきではなく、同一人に対する同一の保護法益侵害は、できる限り一つの犯罪に包摂して処罰すべきである。また、重要な保護法益に付随して当然発生する他の軽微な法益侵害も前者に包摂すべきである。

**法益侵害は罪数の基準となる。**例えば、他人が財物を交付した原因に詐欺的言動による錯誤と恐喝的言動による畏怖とが相まっているとき、詐欺罪と恐喝罪の両方を成立させて観念的競合とすることも考えられる。しかし、同一保護法益の侵害は原則として主たる一つの犯罪で評価を尽くすべきであるから、犯人が主としてどちらの意思であったか、被害者が交付するに至った原因がどちらであったかを検討して、どちらか一つを成立させれば足りる。また、Pの銀行預金通帳とキャッシュカードを預かっている暗証番号も教えられていたXが、ATMによって預金を払戻し、私的使途に費消してしまった場合、被害者は預金所有者Pと預金を預かっている銀行とが考えられる。この場合、Pとの関係で横領罪が成立すると同時に、銀行に対しても窃盗罪が成立すると考えて、両罪の観念的競合となるのであろうか。銀行は預金者のために預金を委託されて占有しているにすぎず、真の被害者はPである。したがって、Pとの関係で預金を払い戻す権限を与えられていれば、犯人はその権限を利用して払い戻すという意思なので横領罪が成立し、銀行に対する法益侵害もそれによって評価され尽くしたと考えるべきである。

さらに、服を着ている人を包丁で刺した傷害事件において、侵害した保護法益は人の身体であると同時に、着ていた服を切り裂いているので、概念的には殺人罪と器物損壊罪の成立が考えられる。しかし、殺人罪という重要な結果を起こす際に付随的に生じた結果であって、殺人罪を成立させることによって器物損壊による法益侵害も評価し尽くされたと考えて、殺人罪のみを成立させれば足りると考えるのである。

### 3 故意の確定

#### (1) 故意と実行行為の関係

刑事処罰は、原則として、**故意ある行為**が法の定める特定の構成要件に該当する場合に発動される(刑法38条1項)。これは、責任主義の原則から、原則として、責任ある行為、即ち、自ら法益侵害を認識し容認して、あえて行為に及んだ場合に非難され処罰されるとするものであり、行為と故意とが同時に存在することを原則とするものである。したがって、特定の犯罪の構成要件に該当するかどうかは、法が規定している客観的行為(行為態様と結果=客観的要素)のみでは区別できず、行為者の内心(主観的要素=故意、目的)を考慮しないと決められない。

例えば、Xが持っている包丁がPの身体に刺さってPが死亡した場合、客観的行為だけではXが殺すつもりだったのか、傷を負わせるだけのつもりだったのか、Pがいることに気付かず振り回したら刺さってしまったのかなどが区別できない、即ち、殺人、傷害致死、過失致死のどの構成要件に該当するかを区別できない。また、行為の目的を含めないと単純な殺人、強盗殺人、強姦殺人などの区別もつかない。行為者の主観的要素である故意や目的を判断材料にするからこそ区別が可能なのである。この意味で、故意や目的は、**行為を特定する限度で主観的要素**として構成要件に取り込まれている。

#### (2) 故意の概念

故意は、構成要件該当行為の基本的事実を認識して、結果発生を認容し、あえて結果を実現しようとする意思であり、行為者の主観(供述)を重視するが、それのみではなく、様々な客観的状况をも考慮して法的に評価を加えた概念である。なぜなら、行為者の内心は、行為者の供述(自白)によってしか明らかにできない。しかし、意図して拳銃で人体の枢要部を狙って撃ったり、鋭利な刃物で心臓を突き刺したのに、行為者が殺意はなかったと抗弁すれば殺意がないとしたのでは常識に反する。逆の場合もある。行為者は相手が死んでもいいと思って行為に及んだと供述しても、客観的に見て、その行為に殺意があるとするのは酷であるという場合もある。そこで、主観的要素と客観的要素を総合評価して殺意があったか否かを判断することになる。**故意の認定は、生の実事ではなく法的評価**なのである。

故意には**確定的故意**と**未必の故意**があり、確定的故意は、構成要件的行為と結果を認識・認容して、積極的に結果発生を意欲して行為を行うことであり、未必の故意は、構成要件的行為と結果を認識し、結果を発生させることに積極的ではないが、その結果が発生してもやむを得ないと判断して(認容)行為を行うことである。前者は行為者

が自認している場合が殆どであるが、行為者が故意を否定していても客観的情况から認定される場合もある。後者は、結果発生の認識・容認は客観的事情が重視される。

**未必の殺意**の認定は事実認定で重要な問題の1つである。判例2-1、2-4、2-6を参照されたい。凶器の形状及び性能、犯行方法及び態様、現場の状況、受傷の場所及び程度、動機、被害者との人間関係などが判断基準とされている。特に、同2-4は、確定的故意があったと評価できるとまで判断しながら、動機が間接的であることを理由として未必の故意に止めている点が注目される。

殺意以外で未必の故意を認めた判例として、判例2-2(廃棄物の不法投棄)、同2-5(現住放火)、同2-7(麻薬輸入における麻薬の認識)、未必の故意を否定したものとして同2-3(占有離脱物横領)などを参照されたい。

同2-8は、判決理由において未必の故意をどの程度具体的に示す必要があるかに関するものである。

なお、同2-7は、ヘロイン(麻薬)であることを確定的に認識していなくとも、ヘロインを含む身体に有害で違法な依存性薬物であることの認識で足りるとしており、事実の錯誤においては、同2-19の判例と同趣旨(上記認識があれば、その薬物から当該薬物を特に排除する意思が認められなければ、事実の錯誤ではなく故意を阻却しないとしている)。処罰の必要性は認めるとしても、処罰根拠法令が異なる場合にまで拡張してよいかは、罪刑法定主義から疑問がある。

#### (故意の認定に関する判例)

- 2-1 神戸地判平20・12・8(殺人等被告事件)
- 2-2 最決平19・11・14(廃棄物の処理及び清掃に関する法律違反被告事件)
- 2-3 秋田家裁決平19・10・19(占有離脱物横領保護事件)
- 2-4 静岡地判平19・8・6(殺人未遂等事件)
- 2-5 大津地判平19・1・23(現住建造物等放火等事件)
- 2-6 名古屋地判平18・8・7(殺人被告事件)
- 2-7 大阪高判平16・1・30(麻薬及び向精神薬取締法違反、関税法違反被告事件)
- 2-8 最決昭58・5・6(殺人未遂被告事件)

#### 4 実行行為の確定

実行行為も、生の具体的行為そのものではなく、実体法上の特定の犯罪の構成要件に当てはめて評価するという判断作業を経た概念である。実行行為の確定で最も問題なのは、どこまでを一つの犯罪の実行行為とみるかという点である。人の故意は、殆



どの場合に複数の連続した行為として発現する。したがって、実行行為の確定は、どこからどこまでを一つの故意の発現行為として評価すべきか、即ち、実行の着手時期と既遂時期を決定して一つの実行行為の範囲を確定することである。

実行の着手は予備罪との区別、既遂時期は未遂あるいは不可罰的事後行為との区別の判断基準として重要であるばかりか、成立する犯罪の数、作為犯と不作為犯の区分、共犯関係にある場合の途中参加者あるいは途中離脱者の刑事責任の確定などに重要な影響を及ぼす。

結果を発生させるための行為が存在しないのに例外として処罰される場合はある。過失犯、共謀共同正犯、間接正犯、不作為犯などである。過失犯は特別に規定された場合であるが、その他は処罰規定がなく実行行為の解釈論において、実行行為の概念的拡張形態として認められてきたものである。

## (1) 実行の着手と既遂

実行の着手とは、特定の犯罪が予定する結果発生危険性がある行為を開始することであり、既遂とはその結果が発生したことである。故意の認定如何によって実行の着手時期が異なることに注意すべきである。

判例2-14は、重篤な状態にある被害者を自動車に乗せて、人目のない山に放置した事案について、不作為犯認定の手法を用いながら、放置行為自体の時点で未必の故意の存在を肯定し、殺人の実行行為としている。これに対し、同2-15は、シャクティパット事件と呼ばれる有名な判決で、上記とは逆に、入院中の重篤な患者を勝手に運び出させた行為自体に殺人の実行の着手を認めた一審の判決を否定して、被害者を目の前に見た時点で作為義務を認めて不作為による殺人犯を認定した控訴審判決を支持したものである。比較検討されたい。

### (実行の着手に関する判例)

2-14 佐賀地判平成19・2・28(殺人未遂被告事件)

2-15 最決平17・7・4(殺人事件)(実行の着手=未必の故意発生時期・シャクティパット事件)

## (2) 包括一罪

判例2-20は、連続犯の数個の犯罪を包括一罪として処断すべき要件について、「判例等を総合考察すると、その最少限度の要件として、①犯意が同一であるかまたは継続すること、②行為が同一犯罪の特別構成要件を一回ごとと充足すること、③被害法益が同一性または単一性を有すること」の三つが必要であるとしている点は参考になる。

XがM地点で甲と喧嘩状態になって暴力を振るい、甲が無抵抗状態になったので暴力を振るうのを止めてM地点を離れた10分くらい後、追いかけてきた甲がN地点でXに襲いかかったので再び喧嘩状態になった、たまたまXの友人Yが通りかかりXに加勢して一緒に暴力を加えた、甲が一連の暴行によって傷害を負ったが、その原因がM地点の暴行によるものかN地点の暴行によるものか不明であるという場合を考えてみよう。二つの地点のXの暴行を、一つの暴行の故意の一連の発現行為として、実体法上一つの暴行の実行行為と考えれば、Xには一つの実行行為から傷害の結果が発生したのだから問題なく傷害罪一罪が成立し、Yには一つの実行行為の途中から加わった者として承継的共同正犯の成立を肯定すれば傷害罪になり、承継的共同正犯の成立を否定すれば同時傷害の特例を問題にすることになる。これに対し、M地点の暴行とN地点の暴行を別々の実行行為(二罪)と判断すると、Xには取りあえず二つの暴行罪が成立し、甲の傷害はどちらの暴行によるものか不明であるが、M地点では単独で、N地点ではYと現場共謀によって共同で暴行を行っているので、Xの暴行から傷害が生じたことは明らかであるから因果関係を認めて傷害罪を成立させ、二つの暴行罪はそれに吸収されることになる。しかし、YはM地点でのXの暴行を認識・認容していないので、N地点での暴行のみの現場共謀による共同正犯のみなので、承継的共同正犯は問題にならず、甲の傷害がN地点での暴行によって生じたことが証明できない以上暴行罪の限度でしか刑事責任を問えない。そして、同時傷害の特例を適用できるかを検討することになる。

同2-16は、住居侵入してキャッシュカードを奪い、さらに自動車内に監禁して暗証番号を言わせるために暴行を加え、キャッシュカードを使って銀行預金を引き出したが、金額が少なかつたために、さらに被害者の弟に電話して、兄の悲鳴を聞かせるなどして脅して金を奪おうとしたが実現しなかったという事案について、どの犯罪がどこまでを包括するかという判断を示したものであり参考になると思う。

同2-17は、強姦未遂の状態で途中離脱者について、その後の共犯者の行為を包括一罪とし、離脱者にも既遂の責任を負わせた事案である。

同2-18は、住居侵入窃盗、強姦、窃盗未遂という連続した行為について、窃盗と強盗未遂を包括一罪とし強盗未遂罪とした事案である。

同2-19は、抗争中の暴力団間で、一方が覚せい剤の取引にこと寄せてホテルの部屋に誘き寄せて殺害するという計画を立てたが、途中で計画を変更して、一人が覚せい剤を預かって出た後に実行犯が部屋に入り銃殺するというにし、覚せい剤を預かった者がそのまま逃走した後に、殺害行為を行ったが被害者が死亡しなかった事案

について、下級審は一連の行為として一項強盗殺人未遂罪としたが、殺害行為は覚せい剤を盗った後であって手段、目的になっていないし、詐欺あるいは窃盗罪であり、殺害行為は盗った覚せい剤の代金支払いを免れるためのものであるとし、前者を包括して二項強盗殺人罪としている。

#### (包括一罪に関する判例)

**2-16** 東京高判平13・5・16(強盗致傷・強盗・監禁・窃盗・恐喝未遂・傷害被告事件)

**2-17** 福岡高判昭63・12・12(強姦致傷被告事件)

**2-18** 大阪高判昭62・9・10(住居侵入、窃盗、強姦未遂、強姦、強盗被告事件)

**2-19** 最決昭61・11・18(強盗殺人未遂、恐喝未遂、殺人未遂等被告事件)

**2-20** 名古屋高判昭34・4・22(詐欺被告事件)

#### (3) 過失犯

過失犯は、結果を発生させる意図、即ち、故意のない行為であっても、結果発生の危険を伴う行為に結果回避義務を負わせ、その義務を怠った者を処罰するものである。行為自体は実行行為に該当しないが、結果回避義務を怠ったことを故意犯の実行行為と同価値と判断して刑事責任を負わせるのである。例外的な場合であるから、特別に規定がある場合のみ処罰される。

#### (4) 共謀共同正犯

共謀共同正犯は、自分では実行行為を行わないが、他人と犯罪の実行を共謀(共同実行の意思=故意の共同)して、他人の実行行為を自己の犯罪の実現のために積極的に利用する意思(正犯意思)があれば、実行行為を行ったと同一の非難可能性があるとして共同正犯者とするものである。間接正犯とは共謀=意思の連絡の有無により区別される。間接正犯を意図したのに、道具が犯罪の実行行為であることを認識していた場合(故意ある道具)に錯誤の問題が発生し、間接正犯を意図した者に正犯が成立するのか、錯誤によって教唆にとどまるのか、故意ある道具は片面的幫助犯にとどまるのか、単独の正犯が成立するのかが問題となる。

判例2-16は、スワット事件と言われる有名な判例であり、暴力団組織内の取り決め、慣行などを基に、組長である被告人とは別の車に乗って同行していた警護員の拳銃所持について、被告人に共謀を肯定している。組長である被告人は、自分のための警護員であることを認識しているので正犯意識は認められるとしても、警護員が拳銃を所持していることの認識の明確性がない上に、具体的な共謀が存在しなくても黙認しているだけでよいとして、共謀の範囲、故意の存在を肯定する点で拡張しすぎるのでは

ないかという危惧がある。

同2-17は、指揮者の地位にあった被告人について、謀議の内容では実行者による被害は被害者の抵抗という事態の発生を見た上で決行するとしていたとしても、実行者らによって実行行為を遂行させようという被告人の意思そのものは確定していたものであるとして、殺人の未必の故意を肯定している。

同2-18は、共謀認定には厳格な証明が必要であるとしたものである。

#### (共謀共同正犯に関する判例)

**2-16** 最決平15・5・1(銃砲刀剣類所持等取締法違反被告人事件)

**2-17** 最決昭59・3・6(殺人、銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反被告人事件)

**2-18** 最決昭33・5・28(傷害致死暴行暴力行為等処罰ニ関スル法律違反窃盗各被告人事件)

#### (5) 間接正犯

間接正犯は、**他人を道具(手足)として実行行為を行わせた場合**、道具を自分の手足と見て自分が実行行為を行ったと同一であると評価するものである。この場合、**故意ある道具**の場合にも間接正犯が成立するかという問題がある。

判例2-19は、12歳10か月の息子に命じて強盗をさせた事件について、息子は是非弁別の能力があり、被告人の指示命令は息子の意思を抑圧するに足る程度のものでなく、息子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として間接正犯を否定し、共謀共同正犯を成立させたのに対し、同2-21は、同じく12歳の少女に窃盗をさせた事案について、被告人が少女を著しく畏怖させていたことを理由に間接正犯を肯定している。

同2-20は、被害者を抗拒不能状態に追い込んで、被告人らは手を加えないが被害者を川に転落させた行為について、未必の殺意を認めて被害者を道具とした間接正犯を認めた事例であり、同2-22は、従業員の運転手に命じて米を運ばせた行為を間接正犯としている(運転手が事情を知っていたか否かは必ずしも明らかではないが、知っていたとしても、業務命令に従わなければならない関係にあったこと、従業員自身はなんら独自の判断と意思をもっていないことなどから、道具性を肯定でき、従業員は片面的幫助犯ということになる。)

#### (間接正犯に関する判例)

**2-19** 最決平成13・10・25(強盗被告人事件)

**2-20** 最決昭59・3・27(殺人被告事件)

**2-21** 最決昭58・9・21(窃盗被告事件)

**2-22** 最判昭25・7・6(食糧管理法違反被告事件)

## (6) 不作為犯

不作為犯は、作為義務ある者が故意に義務のある行為を行わない場合であり、**作為義務を意図的に怠ったこと**を作為犯の実行行為と同一と評価するものである。作為犯か不作為犯かの区別については、有名なシャクティパット事件の一審判決と控訴審判決の違いに見ることができる(前掲判例2-15参照)。教祖に成立させる犯罪について、一審判決は息子を誘導して重篤の父親を病院から運び出させた時点が殺人の実行の着手(故意発生時)であるとして、息子と教祖は殺人の共謀共同正犯が成立するが、息子には殺意がないので傷害致死罪、教祖には殺人の共謀共同正犯が成立するとした。これに対し、控訴審は父親を病院から運び込ませた段階では教祖に殺人の故意は認められないが、ホテルに運び込まれた父親の重篤状態を現認した以降には教祖に作為義務が発生し、意図的にその義務を行わなかったという不作為による殺人罪が成立するとし、最高裁もこれを肯定した。即ち、殺人の実行の着手をいつにするかによって成立する犯罪が作為犯か不作為犯かの違いが生じることになる。

判例2-24は、時々自分も子供に暴力を振るっていた母親が、同居の男性による子供に対する暴力を放置した事案について、不作為による傷害致死罪の共謀共同正犯を、同2-26は、同種事案について母親を不作為による幫助犯を、同2-25は、子供を自動車の中に放置したままパチンコに興じていた夫婦について、保護者遺棄致死罪の共同正犯をそれぞれ認めている。これに対して同2-28は、母親に対する傷害致死幫助を否定した。**不作為による幫助を認める要件**として、他人による犯罪の実行を阻止すべき作為義務の存在と、犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たことが必要であると明言していることに注意されたい。

判例2-23は、耐震偽装事件に関する判決で、マンション販売業者が、構造計算が偽造であることを知りながら、それを買い主に告知しないで、代金を受領したことを不作為の詐欺犯としている。

判例2-27は、パチンコ台に火を付けたまま放置して立ち去った場合、不作為による現住建造物放火罪を認めた事例である。また、判例2-30は、従業員が燃えやすい物がある付近に火鉢を放置した事案について、過失から生じる作為義務を基に、不作為の放火罪を認めている。

判例2-29は、面白い事例で、漁師が養殖の緋鯉がいけすから逃げ出すのを網で捕獲し、返還せずに保管した後に売却した事案について、占有離脱物横領罪の実行の着手(返還せずに占有したとか、売却したとか=不作為か作為か)、無主物か、保管義務があるか、などについても参考になるので掲載した。

#### (不作為犯に関する判例)

- 2-23 東京高判平21・3・6(詐欺被告事件・耐震偽装事件)
- 2-24 東京高判平20・6・11(傷害致死被告事件)
- 2-25 名古屋地判平19・7・9(保護責任者遺棄致死事件)
- 2-26 名古屋高判平17・11・7(傷害致死幫助被告事件)
- 2-27 大分地判平15・3・13(現住建造物等放火被告事件)
- 2-28 釧路地判平11・2・12(傷害致死(変更後の訴因傷害致死幫助)被告事件)
- 2-29 秋田簡易裁判昭53・11・8(遺失物横領、贓物故買被告事件判所)
- 2-30 最判昭33・9・9(放火被告事件)

## 5 因果関係の確定

刑事責任を負わせる場合、実行行為と発生した結果との間に因果関係があることが当然必要である。因果関係を肯定するには実行行為と結果との間に**どの程度の因果関係が必要か**という問題が重要な点である。

しかし、実行行為と発生した結果との間に不測の事実が介在して、因果の流れが曖昧になったり、切断されたり、意図した結果を越える結果が発生したりする可能性がある。このような場合、実行行為者にどこまでの結果について刑事責任を負わせるべきかという判断作業が必要となる。

因果関係の存否の判断は、具体的な故意を持つ行為を抽象化した実行行為という概念に、どの程度の結果を帰責させるのが妥当かという法的な判断作用である。その判断基準について**条件説**と**相当因果関係説**とに別れており、判例は条件説に立っていると言われている。

判例2-33は、条件説を認めた原判決を肯定した最判である。同2-32は、暴行と傷害との因果関係を否定し、暴行も公務執行妨害罪の予定する暴行に当たらないとした原判決について、暴行と傷害の因果関係を認めた。事実認定の違いである。同2-31は、むしろ詐欺罪の故意否定の例としてあげるべきかも知れないが、欺罔行為と錯誤との間の因果関係を否定している。

### (因果関係に関する判例)

**2-31** 最判平13・1・25(詐欺被告事件)

**2-32** 最判平元・3・9(公務執行妨害、傷害被告事件)

**2-33** 最決昭49・7・5(傷害、傷害致死被告事件)

## 6 故意と実行行為及び結果とのズレ

故意と実行行為との間に時間的ズレがある原因において自由な行為という問題と、故意と発生した結果とに齟齬がある**具体的事実の錯誤**(同一構成要件内の錯誤)の問題があり、後者には、錯誤の対象によって**方法(打撃)の錯誤**、**客体の錯誤**、**因果関係の錯誤**が考えられ、結果について故意責任を問えるかが問題になる。故意の意図を越えて発生した結果について責任を負わせることを特に定めた犯罪に**結果的加重犯**がある。

### (1) 原因において自由な行為

結果を発生させた行為時には判断能力を失っている場合に、判断能力を失った状態で行為をすれば結果発生認識・認容がないが、自分がある状態になれば判断能力がなくなる可能性があることを認識して、あえて自分を判断能力のない状態にする行為を行った場合に、故意責任を問えるかという問題であり、判断能力を失って行った行為を実行行為といえるかが問題となる。これは、自分の判断無能力状態の行為を道具として利用するという意味で間接正犯の考え方と似ている。また、原因行為を作り出した時点で実行の着手を認めるので、その時点で、結果発生認識、認容があることに加え、判断能力を喪失する行為を中止する不作為義務を前提にしているという意味で、不作為犯の考え方も似ている。判例2-38、同2-39は、原因において自由な行為を認める論理を詳しく述べているので参照されたい。なお、前者は酩酊状態での強盗事件について原因において自由な行為の法理を認めている点でも参考になる。

この法理を適用する場合、判断能力喪失状態であったかという点が、まず問題になる。判同2-34は、オーム教信者のマインドコントロール状態について、判断能力喪失を否定している。

同2-35、36は酒酔い運転について、同2-37は酩酊状態での重過失致死罪について、同2-41は酩酊状態での殺人について、同2-40は薬物常習者の薬物使用について、それぞれ、原因において自由な行為の法理を認めている。

### (原因において自由な行為に関する判例)

**2-34** 東京高判平16・7・28(殺人等被告事件・オーム事件)

**2-35** 福岡高判平12・12・26(道路交通法違反、業務上過失致死被告事件)

- 2-36 大阪地判平1・5・29 (業務上過失致死傷、道路交通法違反被告事件)
- 2-37 大阪判高昭56・9・30 (決覚せい剤取締法違反被告事件)
- 2-38 大阪地判昭51・3・4 (強盗未遂被告事件)
- 2-39 最判昭49・5・29 (道路交通法違反、業務上過失致死被告事件)
- 2-40 東京高判昭41・3・30 (重過失致死被告事件)
- 2-41 最判昭26・1・17 (殺人贓物故買被告事件)

## (2) 具体的事実の関する錯誤

方法の錯誤は、例えば、Bを殺そうとして拳銃を発射した場合、Bに当たらないでCに当たった、あるいはBとCに当たったという場合、Bに対しては殺人ないし殺人未遂が成立することは問題ないが、Cに対して殺人罪を問えるかという方法の錯誤の問題がある。判例2-44は、まさにBを殺そうとして拳銃を数発発射したところ、BのみならずC、Dにも命中し、B、Cが死亡し、Dが傷害を負ったという事案であり、C、Dについても殺人の未必の故意を認めて2つの殺人罪と1つの殺人未遂罪を認めている。また、同2-46は、Bに対して未必の殺意をもって工事用のびょう打ち機でびょうを発射したところ、Cを貫通して通行人Cに命中して、両名に傷害を負わせた事案で、強盗の目的で行ったので両名に対し強盗殺人未遂を成立させている。

また、BをCと人違いして殺害した場合、Bに対して実行の着手はあるのか、Cに対して故意犯を問えるのかという客体の錯誤の問題がある。判例2-42は、公正証書原本不実記載罪について、客体が公正証書か不動産登記かの違いだけであるから、故意を阻却しないとす。

方法の錯誤及び客体の錯誤について、構成要件の故意がどの程度まで重なり合っていればよいか(Bを殺す意思に限定するか、人を殺すことでよいか)によって結論が異なる。判例・通説は**法定的符合説**に立っている。構成要件の故意を肯定し、認識し意図した結果(Cをも殺した)や客体(間違えてCを殺した)が異なっても意図した構成要件の結果である**人を殺すという結果**を生じたのだから、意図した結果が発生したことには変わりがないとして、結果についての故意責任を認めるというのが法定的符合説である。また、**故意の個数**も問題になる(同2-44を参照されたい)。

なお、後述の判例2-65は集団の喧嘩状態の中で、劣勢に立たされていた被告人が、自動車で逃げる前に、自動車をバックさせて相手方にぶつけて攻撃を防ごうとした際、相手方Cにぶつけて傷害を負わせただけでなく、兄Bを轢死させてしまったという事案について、Cに関しては暴行の限度で故意を認め、「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」とし、Bについては、被告人の故意は敵側である人に対する暴行の故意であり、味方側の人に対する暴行は含んでいないので、法定符合説に立って方法の錯誤の理論を適用することはできないとして、暴行の故意をも否定している。

**因果関係の錯誤**について、同2-42は、放火罪について、発火の原因が自分の意図したものと異なった場合について故意を阻却しないとしている。

また、同2-43は、最終の行為で結果を発生させようと意図していたが、それ以前の行為によって結果が発生してしまった、いわゆる「**早すぎた構成要件の実現**」といわれる事例である。これは因果関係に関する錯誤というより、実行の着手=殺意の存在をどことみるかという問題であるように思う。即ち、最初に、第一地点ではクロロホルムによって意識喪失状態にするだけで、第二地点で自動車に乗せたまま崖から突き落として殺すという共謀(殺意の共有)が存在するので、最初から殺人の共謀は成立しており、第一地点ではまだ殺さないというだけであって、第一地点の行為を殺人の実行の着手と見て、それ以降の行為を殺害の一連の行為と見れば、第一、第二の各地点の行為を一つの殺人の実行行為と判断できるのであり、一つの実行行為のどこの時点で死の結果が生じたかは問題ではなくなる。最初に殺人の共謀がなく、第一地点より後で殺意が生じた場合は、第一地点で死亡すれば傷害致死罪、第二地点では死体に対する殺人は不能犯、死体であるという認識もないので死体遺棄罪にもならないことになる。

#### (具体的事実の錯誤に関する判例)

**2-42** 札幌高判平16・3・29(公正証書原本不実記載、同行使、強制執行妨害被告事件)

**2-43** 最決平16・3・22(殺人、詐欺被告事件)(早すぎた結果発生と実行の着手時期)

**2-44** 東京高判平14・12・25(殺人、殺人未遂、銃刀違反被告事件)(方法の錯誤)

**2-45** 横浜地判昭58・7・20(現住建造物等放火被告事件)(因果関係の錯誤と故意)

**2-46** 最判昭53・7・28(強盗殺人未遂等事件)(方法の錯誤と故意)

### (3) 抽象的事実の錯誤(異なった構成要件間の錯誤)

刑法38条2項は、「重い罪に当たる行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることになることを知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。」と規定している。これは、**抽象的事実の錯誤**(異なった構成要件間の錯誤)に関する規定である。故意責任の限界を定めたものである。

判例は、法定符合説の考え方に立って、構成要件が**実質的に重なり合う限度で**符合していれば、刑の軽い犯罪の故意を認めている。実質的に重なり合う場合とは、侵

害法益の共通性、実行行為の共通性などが基準となる。

この法理は、共犯者間の故意の齟齬についても適用される。それは、共同正犯は、共謀(特定の犯罪の故意の共有)によって、共同してその犯罪を実行するものであるから、共同正犯者が行った行為も自分の行為と同一視されるが、負うべき責任は自分の故意の範囲内でなければならないし、共犯においても、特定の犯罪を教唆ないしは幫助するものであるから、共犯者は故意の範囲でしか責任を負わせることができないからである。

判例2-48の殺人罪と傷害致死罪、同2-49の強盗罪と恐喝罪、同2-50は虚偽公文書作成罪と公文書偽造罪、同2-51は窃盗幫助罪と強盗罪などの関係について軽い罪の故意の限度で共同正犯を成立させている。

同2-47の麻薬を覚せい剤と誤認(あるいはその逆を誤認)した事例は、前述のとおり、処罰の必要は認めるとしても、法律自体が異なる場合にまで符合を認めてよいか問題となる。

#### (抽象的事実に関する錯誤の判例)

**2-47** 最決昭54・3・27(麻薬取締法違反等)(麻薬を覚せい剤と誤信したことと故意) 同旨最決昭61・6・9(大麻取締法違反、麻薬取締法違反被告事件)

**2-48** 最決同54・4・13(傷害致死等被告事件)

**2-49** 最判昭25・4・11(強盗被告事件)

**2-50** 最判昭23・10・23(公文書偽造教唆偽造公文書行使幫助収賄被告事件)(虚偽公文書作成教唆と公文書偽造教唆の結果の錯誤、行使罪の成否)

**2-51** 最判昭23・5・1(窃盗赃物故買被告事件)(窃盗の幫助犯と強盗の責任)

#### (4) 結果的加重犯

故意の限度でしか処罰できないことの例外として、**結果的加重犯**がある。結果的加重犯は、基本的行為についての故意はあるが、意図した結果を越えた結果が発生した場合、結果の重大性を重視して、基本的行為に該当する犯罪とは別の犯罪として定めたものである。したがって、特別に規定のある場合のみ処罰される。

判例2-52は、結果的加重犯についても因果関係について条件説をとった判決である。

同2-53は、殺意のない共同正犯者について傷害致死罪の限度で共同正犯を認めた判決である。

#### (結果的加重犯に関する判例)

**2-52** 最決昭54・4・13(傷害致死等被告事件)

**2-53** 最決昭46・6・17(強盗、私文書偽造、同行使、詐欺被告事件)

## 7 違法性の錯誤と違法性の事実を基礎づける事実の錯誤

刑法38条3項は、**法律(違法性)の錯誤**は故意を阻却しないと定めている。**違法性そのものの錯誤なのか、違法性を基礎づける事実の錯誤なのかの区別が重要である**。判例2-54は、追い越し禁止の表示のない追い越し禁止区域(黄線もない)で、追い越し禁止であることを知らないで追い越した場合について、故意は単に追い越すことを認識するだけでなく、追い越し禁止区域であることの認識が必要であるとして事実の錯誤であるとしている。同2-56も、首輪を付けているが鑑札が付いていない犬は、条例上他人の犬であっても無主物と見なされると誤信した場合について、他人の犬を殺すという故意が否定される可能性を肯定している。同2-57も、宗教団体が効力を失ったので、それに基づいて作成された寺院規則等も無効になったと誤信して、寺院規則に基づかないで新総代を選任し、その旨の登記をした場合について、その変更登記は無効であるから外形的行為は公正証書原本不実記載罪に該当するが、虚偽事実であるという点に故意がないとして事実の錯誤としている。これに対して、同2-55は、猥褻文書販売罪の故意は、当該文書の存在とこれを販売することの認識で足り、該当条文の猥褻性の認識までは必要としないとする。

違法性を基礎づける事実の錯誤で、最も重要なものに、**違法性阻却事由に関する錯誤**、即ち、**誤想防衛**、**誤想非難**の問題である。違法性阻却事由を基礎づける事実の認識の齟齬であるので、構成要件的故意の問題ではなく、責任としての故意の問題である。したがって、共犯関係にある場合には、錯誤の有無は個別に判断され、錯誤のある者にのみ責任故意が否定されることになる。

### (違法性の基礎づける事実の錯誤に関する判例)

- 2-54 東京高判昭30・4・18(道路交通取締令違反被告事件)
- 2-55 最判昭32・3・13(猥褻文書販売被告事件)
- 2-56 最判昭26・8・17(毀棄窃盗被告事件)
- 2-57 最判昭26・7・10(公正証書原本不実記載同行使被告事件)
- 2-58 東京判平16・7・28(殺人等事件、オウム事件)(誤想避難肯定)
- 2-59 東京地判平9・12・12(傷害致死等被告事件)(誤想過剰避難を認定)
- 2-60 東京地判平8・1・17(逮捕監禁被告事件)(予言を信じたとしても誤想避難否定)
- 2-61 大阪簡裁判昭60・12・11(窃盗被告事件・百選P66)(誤想避難と窃盗の故意)
- 2-62 東京地裁判昭40・5・27(業務上過失往來危険、業務上過失致死傷被告事件)  
(三河島事件・誤想避難否定)

- 2-63** 広島高判平20・10・2(殺人、傷害被告事件)(誤想過剰防衛、正当防衛否定・刑訴法321 I②の判断)
- 2-64** 広島高判平18・11・14(暴行被告事件)(誤想防衛は具体的な事実の認識に関する錯誤)
- 2-65** 大阪高判平14・9・4(暴行・傷害致死被告事件)(故意は暴行の限度=正当防衛肯定。謝って兄も轢死させた点は、方法の錯誤を否定して暴行の故意もないとした。)
- 2-66** 東京高判平成13・9・19(傷害致死被告事件)(誤想過剰防衛肯定)
- 2-67** 大阪高判平成12・6・2(殺人被告事件)(誤想過剰防衛肯定)
- 2-68** 大阪高判平成14・2・27(殺人未遂被告事件)
- 2-69** 大阪高判平9・6・25(傷害被告事件)