

### I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ3頁16行目以下で、B説の客観的を採用すると「行為者に酷」としているが、それはC説でも同じではないか。
2. 検察レジュメ3頁33行目のC説において「因果関係に相当性がなくても因果関係が認められることがある」としておきながら、後述に「結果に至る因果関係が相当か」という問題意識のC説は適合するとしており矛盾しないか。
- 10 3. 検察レジュメ本問の検討にて、XがAを遺棄した行為(第二行為とする)について評価がなされていないのは第一行為(絞首行為)と第二行為を一体の行為としてみているからか。

### II. 学説の検討

#### 因果関係について

#### 15 A説(条件説)

本説は、その行為がなかったならばその結果が発生しなかったであろうという条件関係が存在する限り、刑法上の因果関係が成立するという立場である。検察側と同様に本説を取ると処罰範囲が広くなりすぎるため弁護側も本説は採用しない。

#### 20 C説(危険の現実化説)

本説は実行行為に認められる結果惹起の客観的危険性が実際に結果に現実化したときに刑法上の因果関係を認める立場である。しかし行為時の事情に関して、一般人も知ることができず、行為者も知らなかった特殊の事情をも考慮に入れるのは社会通念上偶然的結果というべきものについても広く因果関係を認めることになり<sup>2</sup>、処罰範囲が不当に広がってしまう恐れがあるため弁護側は本説を採用しない。

25

#### B説(相当因果関係説)

主観説:本説は行為当時に行為者が認識した事情及び、予見し得た事情を判断の基礎とする説である。本説は一般人が認識、予見し得た事情も判断の基礎とすることができず、この

30 ような場合にも因果関係が否定されることになり、経験則上偶然的結果でないものまで排除してしまう点、判断の基礎が狭すぎる<sup>3</sup>。よって弁護側は本説を採用しない。

客観説:本説は裁判の時点に立って、行為当時に客観的に存在したすべての事情及び行為後

---

<sup>1</sup> 大谷實『刑法講義総論[新版第4版]』(成文堂,2012年)202頁以下。

<sup>2</sup> 前掲・大谷同頁。

<sup>3</sup> 前掲・大谷同頁。

に生じた事情のうち一般人にとって予見可能であった事情を判断の基礎とする立場である。弁護側は上記 C 説と同様の理由及び、本説は裁判時における事後予測を建前とするのだから、行為後に発生した事情についても判断の基礎とすべきであり、これを一般的な予見可能性を基準として限定しようとするのは理論的に一貫しないものがあるとの理由<sup>4</sup>から本説を採用しない。

折衷説:本説は行為の時点に立って、一般人が認識し又は予見することができたであろう一般的な事情及び行為者が特に認識し、又は予見していた特別の事情を判断の基礎とする立場である。因果関係は行為者にとって偶然的なものを帰責の範囲から除外するために必要なものであり、また、構成要件は責任類型として責任避難の前提となるべきものであるから、行為当時に行為者が認識した特別の事情をも判断のするため本説は妥当だといえる<sup>5</sup>から、弁護側は本説を採用する。

### Ⅲ. 本問の検討

15 第一 X が A の頸部を細い麻縄で絞めつけた行為について殺人未遂罪(203 条、199 条)が成立するか。

1、(1)実行行為とは構成要件的结果発生の現実的危険を有する行為であるところ、本件で X は A の頸部を細い麻縄で絞めつけて(第一行為とする)。これは窒息死等死亡する現実的危険を有する行為といえ、殺人罪の実行行為性が認められる。また、A は死亡しており殺人罪の結果も認められる。

(2)ア、では、因果関係があるといえるか。本件では X は当該行為後に犯行の発覚を防ぐ目的で、A を海岸の砂上まで運んで遺棄している(第二行為とする)が、A の直接の死因は第一行為ではなく、介在事情である第二行為によるものであったため、問題となる。

イ、因果関係は実行行為から当該結果が発生することが相当であるときに認められるべきである。そして、因果関係は行為者にとって偶発的なものを帰責の範囲から除外するために必要なものであるから、行為当時に行為者が認識しえない事情を判断の基礎とするのは適切でない。そこで、条件関係をもとに行為当時一般人が予見可能であった事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎とし、因果関係の有無を検討する。

ウ、本件についてみると、まず X による第一行為がなければ A は窒息死することはなかったのであるから条件関係は認められる。さらに一般に殺害行為を行った犯人が自己の犯跡を隠蔽する行為にでることは通常ありえることといえ、相当性が認められる。よって、第一行為と A 死亡の間に因果関係が認められる。

2、(1)そうだとすると、本件で X は第一行為で X が既に死亡したものと思えば第二行為にうつっており、第一行為から A 死亡までの因果関係に錯誤がある。そのため A 死亡について

---

<sup>4</sup> 前掲・大谷同頁。

<sup>5</sup> 前掲・大谷同頁。

の故意が認められず X には殺人未遂が成立するにとどまらないか。

(2)この点、弁護側は、検察側の構成要件内で錯誤があっても主観的認識と客観的事実が構成要件内で符合してさえいれば故意は阻却されないという立場をとらず、構成要件的に重要な錯誤があれば故意は阻却されるという立場をとる。具体的には、結果が故意行為に際して偶発的に生じた結果ではなく、故意により実現された結果として評価しうるために、行為者の認識した事情を基礎に当該の具体的事情の下で当該行為を行えば、いずれかの同種の客体に結果が生じることが保証された状況があり、発生結果はその危険が実現するバリエーションの1つにすぎないといえる場合でなければ故意が阻却される<sup>6</sup>とする。

(3)本件についてみると、X は第一行為を行った時点で A 死亡という結果が生じていると認識しておりその時点で第一行為の危険性は消滅している。X は第二行為を死体遺棄の故意で行っており、行為者が認識していなかった別の要因から A 死亡結果が生じているから、A 死亡の結果は X の第一行為のバリエーションの一つとは認められない。したがって本件では A 死亡結果は X の殺人罪の故意による第一行為により実現された結果とはいえず、構成要件要素である因果関係に重要な錯誤があるため、故意は阻却される。

よって X が第一行為につき殺人未遂罪(203 条、199 条)が成立するにとどまる。

第二 第二行為について

1、X が A を砂浜に運び、放置した行為につき殺人罪(199 条)が成立しないか。

(1)麻縄で頸部を絞めつけた後、麻縄を解かないまま砂浜に放置することは、自由な呼吸を困難にさせ、よって砂浜の砂を吸ってしまう状況を生じさせるものであり殺人罪の実行行為性は認められる。また A 死亡の結果も認められる。また前述より第二行為が A の直接の死因であり因果関係も認められる。

(2)では、X に故意は認められるか。この点 X は A が死亡していると誤信しており死体遺棄(190 条)の故意で当該行為を行ったのであるから、故意は認められない(38 条 2 項)。

2、そうだとした場合、X に軽い範囲の死体遺棄罪(190 条)が成立しないか。

(1)この点、故意とは特定の構成要件該当事実に対する認識、認容をいう。抽象的事実の錯誤の場合には、特定の構成要件に該当する事実について認識認容はなく、原則として故意は認められないが、構成要件が実質的に重なり合う場合には、重なり合う限度で、共通の構成要件を見出すことができ、その共通構成要件該当事実についての認識、認容は認められるので、かかる場合には故意が認められる。

(2)本件についてみると、殺人罪の保護法益は人の生命であり、死体遺棄罪の保護法益は国民の宗教感情であるから、構成要件的重なり合いは認められない。

よって X に死体遺棄罪の故意は認められず、X に死体遺棄罪は成立しない。

3、ここで、X は A が生存しているか確認すべき義務を負うところ、その義務を懈怠して、A を砂浜に遺棄して殺害しているため過失致死罪(210 条)の構成要件に該当する。

よって X に過失致死罪が成立する。

<sup>6</sup> 井田良『講義刑法学・総論[初版]』(有斐閣,2008 年)176 頁以下。

### 第三、罪数

Xの行為には殺人未遂罪と過失致死罪が成立し、両者は併合罪(45条)となる。

### IV. 結論

5 Xの行為には殺人未遂罪と過失致死罪が成立し、これらは併合罪として処断される。

以上