

## I. 反対尋問

1. 危険の現実化説を採用するにあたり、どの程度の危険を重大なものとして捉え、因果関係が肯定されるという認識なのか
2. 学説の状況にア説において因果関係の認識必要説、イ説において因果関係の認識重要部分のみ必要説という学説をあげているが、これらの学説に対する説明が不足していないか。
3. 判例の状況にて、最高裁平成24年2月8日（第三小法廷判決、刑集66巻4号200頁）を引用しているが、かかる判例は本件の問題の所在との関連性が希薄ではないか。
4. 検察レジュメ4頁の32行目において甲の行為につき殺人罪の既遂犯を成立させているにもかかわらず、33行目で保護責任者遺棄致死罪を検討しているのはなぜか。死の二重評価に当たらないか。
5. 検察レジュメ5頁の9行目においてAは死亡していないにも関わらず、死体遺棄罪を検討しているのは何故か。

15

## II. 学説の検討

イ説:検察側が採用するこの説は、因果関係を実行行為の危険性が結果へと現実化したかにより判断し、介在事情の予測可能性はその判断に意味を持ちうる限りで考慮されるとする説である。そして、実行行為の危険性は、行為時及び行為後に存在したすべての事情を基礎に客観的に判断されるべきだとしているところから、ここでいうところの「危険」は「科学法則上の危険」を意味している。しかし、どの程度の危険が重大で因果関係の肯定に結びつくのかは、科学法則から明らかになるわけではない。また、危険がいかなるプロセスを経て現実化した場合に因果関係を肯定するかも、科学法則的に明らかにすることは不可能である<sup>1</sup>。したがって、検察側はイ説を採用しない。

25

ア説: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非難の前提となるものであるから、行為当時に行為者が認識した特別の事情を判断の基礎とする折衷説が妥当である<sup>2</sup>。したがって検察側はア説を採用する。

30

<sup>1</sup> 大谷實『刑法講義総論[新版第4版]』（成文堂,2012年）207頁。

<sup>2</sup> 大谷・前掲書 222頁。

### Ⅲ. 本問の検討

#### 第1. 甲の罪責

1. 甲が A の頸部を細縄で絞めつけた行為(以下第一行為)につき、殺人未遂罪(刑法(以下略)199条、203条)が成立しないか。

#### 5 (1) 構成要件該当性

ア. 実行行為とは、構成要件結果惹起の現実的危険性を有する行為であるから、殺人罪(199条)の実行行為とは、人の生命を奪う現実的危険性を有する行為である。

本件では、成人男性である甲が当時2歳と身体的に未熟な幼児 A の、人体の枢要部の中でも特に急所にあたり生命身体への危険性が大きい頸部を、細縄という凶器で締めつけて  
10 おり、呼吸困難による窒息死の現実的危険性を有する行為と言える。

従って、甲の第一行為に実行行為性が認められる。

イ. 結果、A は死亡している。

ウ. では、甲の第一行為と A の死亡との間に因果関係が認められるか。第一行為と死亡結果との間に、A を砂浜に捨てる行為(以下第二行為)という介在事情があるため問題となる。

15 そもそも、因果関係の有無は当罰的行為を社会通念に基づいて類型化した構成要件該当性の問題である。従って、条件関係を前提に、社会通念上の経験に照らし、その行為から結果が発生することが相当であると認められる場合に、因果関係を肯定できると考える。そして、構成要件は違法有責類型であるから、相当性の有無は、行為時に行為者が認識していた特別の事情及び一般人が認識しえた一般的事情を基礎として判断すべきと考える。

20 まず、第一行為がなければ甲は A が死亡しなかったのであるから条件関係は肯定できる。次に、第一行為後に A が実は生きているという事情は、絞首により殺害を図った行為者が認識していないのはもちろん、一般人も認識しえないため、判断の基礎から除外される。かかる基礎の上では、第一行為によって A が絞首による窒息死や圧死ではなく、砂末吸引による窒息死が発生することは社会通念上相当とは言えない。従って、因果関係を否定すること  
25 ができる。

エ. 仮に因果関係が肯定されたとしても、甲に故意(38条1項本文)は認められるか。甲は第一行為後に A が死亡したと勘違いしているが、実際には第二行為を経た後に A は死亡しており、両者の因果関係に錯誤があるために故意が阻却されないか問題となる。

30 故意とは、客観的構成要件該当事実の認識・認容である以上、因果関係の存在自体が構成要件要素であり、故意との関係では因果関係の具体的経過は重要でなく、因果関係の存在の認識があれば故意を阻却しないようにも思える。しかし、かかる見解の場合、因果関係の錯誤があると全て故意を阻却しないことになり、不当である。また、従って、行為者の認識した事実を前提として結果が発生することが相当ではない場合には故意を阻却するものと考

える。

本件では、甲の認識した事実は第一行為による A の死亡である。かかる事実を前提とすると、A は既に死亡している以上、第二行為によって更に A が死亡することはありえず、相当でない。従って、因果関係についての認識を欠く。一方、甲は第一行為については、子  
5 育てへの不安等から A を殺害しようとして決意しており、かかる行為に認識があるといえ、故意が認められる。

以上より、甲の故意は、第一行為という「実行に着手」(43 条本文)にのみ認められる。

(2) よって、甲には殺人未遂罪(199 条、203 条)が成立する。

2. 甲が A を砂浜に捨てた行為(第二行為)について

10 (1) 過失保護責任者遺棄致死罪(218 条、219 条)の成否

ア. 客観的構成要件該当性

甲は A の父であり、民法上の監護義務(民法 820 条)があるから、「保護する責任のある者」にあたる。また、甲は A を熟睡していた場所から砂浜へ移動し、自律的行動が期待できない上に熟睡して動きが取れない幼児 A を砂浜という砂を吸引したり波に攫われたりして窒息死する危険にさらしたのであるから、第二行為は場所的隔離を伴って被遺棄者の生命身体に危険な状態を作り出す行為といえ、「遺棄」にあたる。そして、A は死亡しており、死  
15 因は海岸の砂末吸引による窒息であるから、かかる死亡結果と第二行為との因果関係も認められる。

イ. 主観的構成要件該当性

20 しかし、甲は第二行為時点では A は死亡していると勘違いしており、第二行為は甲の主観では A の死体を遺棄するという死体遺棄罪(190 条)の認識しかない。かかる場合では、故意を阻却しないか問題となる。

故意とは客観的構成要件該当事実の認識・認容であり、甲は第二行為時に軽い罪である死体遺棄罪の認識しかないのであるから、重い罪である保護責任者遺棄致死罪は成立しない  
25 (38 条 2 項)。では、死体遺棄罪は成立するか。軽い罪に対応する客観的構成要件該当性の有無が問題となる。

客観的構成要件該当性は実質的に判断すべきであるから、主観と客観に実質的な重なり合いが認められる場合には、主観に対応する客観的構成要件該当性が認められると考える。尚、その重なり合いは、保護法益や行為態様の共通性により判断する。

30 保護責任者遺棄致死罪は、生存する者が客体で人の生命が保護法益であるのに対し、遺棄致死罪は死者が客体で国民の宗教感情が保護法益であり、実質的な重なり合いは認められない。

ウ. 従って、乙には保護責任者遺棄致死罪も死体遺棄罪も成立しない。

(2) 過失致死罪(210条)の成否

もっとも、過失致死罪の成立は考えられる。ここで、過失とは客観的注意義務違反をいい、予見可能性と結果回避可能性を前提とした結果回避義務違反のことである。

5 本件における予見可能性とは、Aの生存の可能性を指すところ、2歳の幼児の頸部を成人男性が殺意をもって細縄で締めた場合、通常死に至る可能性が高く、こうした声明侵害の危険が高い殺害行為後にも生きているという可能性は客観的にみて少ないと言わざるを得ない。従って、第二行為時点、甲にはA生存の予見可能性がない。

従って、過失致死罪は成立しない。

3. 上述の通り、甲には殺人未遂罪(199条、203条)が成立する。

10

第2. 乙の罪責

1. 乙が、甲がAを殺害する行為を放置していたことにつき、殺人未遂罪の幫助犯(199条、203条、62条1項)が成立しないか。

2. 正犯性

15 そもそも、乙にA殺害につき正犯性が認められれば殺害罪の正犯となる。確かに乙も甲同様にAの監護義務(民法820条)を負う保護責任者である。しかし、殺害者甲との意思連絡は見受けられず、黙認していたにすぎないのでありから結果発生への寄与度も小さい。従って、正犯性は肯定できない。

3. 従犯性

20 幫助とは、正犯の犯罪の実行を容易にすることである。そして、不作為によっても犯罪の実行を容易にすることも可能である。しかし、全ての不作為を幫助として処罰するのは妥当ではない。そこで、作為義務と作為可能性・容易性に基つき、作為による幫助と構成要件的同価値性があれば、不作為による幫助が認められる。

25 本件では、先述の通り、乙はAの保護者であり、民法上の養護義務(820条)がある。また、Aの殺害現場は恐らくは甲乙の他にはAを助けられる人もいないのであり、排他的にAの死への因果を支配しているといえる。そして、甲は乙に対してAの殺害を阻害させないような事情はなく、甲の第一行為を制止するもしくは第二行為後にAを保護することが可能かつ容易であり、仮に積極的な制止保護行為が容易でなくとも、少なくとも警察や他人に助けを求める等の行動は可能かつ容易であったといえる。

30 従って、不作為による幫助を肯定できる。

4. よって、乙には殺人未遂罪の幫助犯(199条、203条、62条1項)が成立する。

#### IV. 結論

甲には殺人未遂罪(199 条、203 条)の故意犯が成立する。

乙には殺人未遂罪の幫助犯(199 条、203 条、62 条 1 項)が成立する。

以上