

I. 反対尋問

- 5 1. 本件のように実行行為が2つある場合には、それぞれを別々に検討するのが原則であり、1つの行為として検討するのは例外的な場合に限られる¹。この行為の個数について述べているのはA説のみであり、B説とC説はそれぞれ故意を阻却するか、因果関係を認めるか、という異なる段階について述べているものである。したがって、検察側の学説の検討は、この3つの学説を同じ段階のものとしてとらえている点において妥当でないのではないか。
- 10 2. 検察側のB説の検討は、B説を採用した際の結論を示しているだけであり、B説を採用しない理由が何ら示されていない。
3. 検察側のC説の検討において、C説を採用したときに因果関係が肯定されることを示しているだけであり、C説を採用する理由付けがなされていないため、不十分ではないか。
- 15 4. 検察レジュメ5頁19行以下において、第1行為によって第2行為が誘発されたものであり、両者が相まって結果を惹起したとしているが、本件においては誘発の程度が判例²の事案のものほど高いといえないため、第1行為の危険が現実化したとはいえず因果関係が否定されるのではないか。
5. A説を否定する理由として、「第1行為と第2行為を別々に評価するのは妥当ではない」(検察レジュメ3頁4、5行目)ということを挙げている。しかし、C説は第1行為と第2行為を別個検討したうえで、第2行為を介在事情としているのであるから、かかる説においても両行為を分けて評価しているはずである。また、両行為の故意が異なっている以上、別個検討しないというのは論理的な説明ができない。それにもかかわらず、上記の理由のみでA説を否定するのはどういう理由によるものなのか。

25 II. 学説の検討

因果関係について

B説について

- 30 本説は、結局、第1の故意が及ぶ範囲を、相当因果関係の範囲内にあり錯誤が重要でない限度においてであるとし、そのかぎりでの一つの行為と見るのであって、行為の単一性からその一部に故意があれば全体行為の故意とみなすという考え方である。そして、そのかぎりでの第1行為の故意が第2行為にまで「継続」しているとみているように思われる。その意味では、因果関係の錯誤説の域を越えている。

また、科刑のための行為の単複に関する評価である罪数論の問題と犯罪の成立要件論で

¹ 大塚裕史「応用刑法I-総論(第10講)」『法学セミナー738号』(日本評論社,2016年)97頁以下。

² 最高裁第二小法廷平成15年7月16日決定刑集57巻7号950頁、最高裁第一小法廷昭和63年5月11日決定刑集42巻5号807頁、最高裁第一小法廷平成4年12月17日決定刑集46巻9号683頁。

ある犯罪論上の評価とは異なる。犯罪論上は、自然的観察によって、故意がある第 1 行為と、過失にすぎない第 2 行為とは別個の行為であるとするべきである。よって、弁護側は本説を採用しない。

5 C 説について

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出来ず、行為者も知らなかった特殊な事情をも考慮に入れるのは社会通念上偶発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、処罰範囲が不当に広がってしまうおそれがある。よって、弁護側は本説を採用しない。

A 説について

行為者の実行行為が二つあり、それぞれの故意が異なる以上、それらの行為を別個に検討すべきである。また、それぞれの行為自体で構成要件該当性を検討するため、処罰範囲が明確となる。よって、弁護側は A 説を採用する。

故意について

D 説(法定的符合説)、E 説(具体的符合説)

弁護側は A 説を採用するため、そもそも故意責任は問題とならず、言及しない。

20

Ⅲ. 本問の検討

甲について

第 1. 甲の第 1 行為について

1. 甲の、A を麻縄で絞めつけた行為につき殺人罪(刑法(以下省略。)199 条)は成立しないか。

25 (1) 実行行為とは、構成要件的结果を惹起する現実的危険性を有する行為である。本件において、甲は A の頸部という人体の枢要部を麻縄で絞めつける行為は、A の死亡を引き起こす現実的危険性を有しているといえる。よって、殺人の実行行為は認められる。

(2) しかし、甲は殺人の故意で、A を締め付けるという実行行為に及びながらも、A の死亡という結果は発生しなかった。

30 2. よって、客観的構成要件は充足せず、甲の行為につき殺人罪は成立しない。

3(1) しかし、甲は A の頸部を絞めつけるという構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為を行っていることから、「実行に着手」した(43 条)といえる。また、A の死亡という結果が発生していないため、「これを遂げなかった」(同条)といえる。よって、甲の第 1 行為につき殺人未遂罪(203 条、199 条)が成立する。

35 第 2. 甲の第 2 行為について

1(1) 甲の、A を砂浜に捨てた行為につき、殺人罪は成立しないか。

(2) 実行行為とは上記をいうところ、意識を失っている幼児を砂浜に放置することは、砂末を吸引するなどして死に至る現実的危険性を有する行為である。よって、実行行為性は認められる。

(3) Aは死亡しており、結果も発生している。

5 (4) 甲の捨てるという行為によってAが死亡していることから、因果関係も認められる。

(5) よって、客観的構成要件は充足する。

2(1) 故意とは客観的構成要件の認識・認容をいうところ、本件において、甲はAを遺棄する目的でかかる行為に及んでいる。そこで、故意が阻却されないか問題となる。

10 (2) この点、故意責任の本質から、認識した事実と発生した事実の構成要件が異なる場合、原則として故意責任は阻却される。もっとも、異なる構成要件間で実質的な重なり合いが認められる場合には、その限度で故意を認めても、故意責任の本質に反しないと考える。実質的な重なり合いの有無は、行為態様と保護法益の共通性をもとに判断する。

15 (3) 本件において、死体遺棄(190条)の目的でAを捨てることと殺人の目的でAを捨てていることから、行為態様の共通性は認められる。しかし、死体遺棄罪の保護法益は国民の死者に対する敬虔感情であるが、殺人罪の保護法益は人の生命・身体であり、両者の間に共通性は認められない。

(4) よって、甲の第2行為についての故意は阻却される。

3. したがって、甲の第2行為につき、殺人罪は成立しない。

20 4. もっとも、甲は注意深く観察すればAがまだ死亡していないことを認識することは可能であった。また、Aを砂浜に捨てることをやめることはできた上、Aが死亡することを防止することもできたといえることから、第2行為は結果回避義務違反であると言える。上記のように、行為と結果の因果関係も認められるから、かかる行為は過失致死罪(210条)の構成要件に該当する。

5. よって、甲の第2行為につき、過失致死罪が成立する。

25 第3. 罪数

30 1. ここで、まず弁護側はA説を採用するところ、第1行為は甲が殺人の故意で行ったものであるが、第2行為は甲がAの死を誤信した後に犯行の発覚を恐れて、死体を遺棄しようという新たな決意に基づいて行われたものであるため、第2行為を第1行為の故意に包含することはできず、2つの行為を一連の行為と見ることは妥当ではない。加えて、殺害後の死体遺棄という通常事例において、一連の実行行為とすることはできない。そこで、弁護側は第1行為と第2行為を完全に別の行為として扱う。

2. よって、甲の第1行為に殺人未遂罪、第2行為に過失致死罪が成立し、両者は併合罪となる。

35 乙について

1. 乙の、甲の犯行を視認しながら敢えて放置した行為につき、殺人罪が成立しないか。

2(1) 通常、殺人罪は作為によって実現されることを想定して規定されているが、本件において、乙の行為は放置したという不作為である。かかる場合に殺人罪の実行行為性は認められるか。

(2) この点、実行行為とは構成要件的结果発生の実現的危険性を有する行為をいうところ、不作為によってもかかる危険を発生させうるため、実行行為性を肯定し得る。しかし、法律に明記されていない以上、これに限定を加えなければ、明確性の原則に反する結果となることから処罰範囲が不当に広がり、罪刑法定主義や刑法の自由保障機能を害する。そこで、不作為が作為と同価値性が認められる必要があると解する。具体的には、①行為者に作為義務が認められ、②作為可能性・容易性がある場合に実行行為性が認められると解する。

10 (3)ア. 本件において、乙はAの母親であるため、Aを保護する義務があったと言える。また、甲を止めることができたのは妻である乙しかいなかったと言えることから、保護の引き受け及び排他的支配が認められる。さらに、乙は甲の行為を第1行為から第2行為にかけて視認していたのであるから、いつでも甲を止めることはできたのであり、作為可能性・容易性も認められる。よって、乙の放置行為に殺人罪の実行行為性は認められる。

15 イ. Aは死亡していることから結果も発生している。

(4)ア. 不作為の因果関係は、「期待された行為がなされていれば結果は生じなかったであろう」という条件関係に加え、法的因果関係が肯定される場合に認められる。なお、因果関係の判断についても作為犯と異に解する理由がないため、結果回避可能性は、作為がなされていれば合理的な疑いを超える程度に確実に結果が回避できた、といえる場合に肯定される。

20 イ. 本件において、乙が甲の行為を止めていれば、Aが死ぬことがなかったのは、合理的な疑いを超える程度に確実であって、条件関係が認められる。しかし、甲の第1行為は、Aの頸部を締め付ける行為であり、人が砂末を吸って窒息死するという危険性は有しているとは言えず、実行行為の危険性は低い。そして、気絶した者を砂浜に捨てたとしても、窒息に至るほどの砂末を吸引することは通常考えられないものであり、たとえ砂末を吸い込んだとしても必ず窒息死するとも言えないため、第2行為の異常性は高いと言える。そのため、第1行為とAの死亡結果に因果関係も認められない。このことから、甲の第1行為の危険性が低いといえる以上、乙の不作為の危険性も低いといえる。したがって、乙の不作為によって危険が現実化したとは言えないことから、法的因果関係は認められないため因果関係も認められない。

30 3. 以上より、客観的構成要件が充足しないため、乙のかかる行為につき殺人罪は成立しない。

IV. 結論

35 甲の行為につき殺人未遂罪と過失致死罪が成立し、両者は併合罪となり、甲はかかる範囲で罪責を負う。また、乙の行為につき殺人罪は成立しないことから、乙は無罪である。

以上