

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察側は、問題の所在において、「甲は麻縄で絞首した後、砂上にAを放置するという一連の行為」と明示しているにもかかわらず、本問の検討において2個の行為と解していて矛盾しているのではないか。
2. 学説の状況において、C説における判断基準を「行為時・後の事情を全て判断基底に入れ」としているところ、例えば、甲がVを突き飛ばした場合であって、実はVのポケット
- 10 には甲もVも知らない間に乙が小型爆弾を入れていたという事情があったため、突き飛ばした衝撃で爆弾が爆発し、Vが死亡したという場合であっても、この事情を考慮に入れ、甲の暴行結果とVの死亡結果に因果関係を認めるのか。
3. 学説の検討において、B説を採用しない理由として、「因果経過が通常でないが、それにもかかわらず行為の危険が結果へと実現した可能性がある」と述べているが、それはどのような場面をいうのか。
- 15

## II. 学説の検討

### 1. 因果関係の肯否

#### A説(条件説)について

- 20 検察側と同様の理由により採用しない。

#### B-1説(主観的相当因果関係説)について

- 行為者が認識・予見した事情及び認識・予見し得た事情を判断の基礎とする本説については、行為者の認識し得ない事情をすべて除外し、一般人が認識・予見し得た場合にも判断の基礎
- 25 とすることができないため、判断の基礎として狭すぎるという点で妥当でない<sup>1</sup>。

したがって、弁護側はB-1説を採用しない。

#### B-2説(客観的相当因果関係説)について

- 行為時に存在した全ての事実及び行為後に生じた客観的に予見可能な事情を判断の基礎
- 30 とする本説は、一般人が知ることができず、また行為者が知らなかった事情まで考慮に入れるのは、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るため、判断の基礎として広すぎるという点で妥当でない<sup>2</sup>。

したがって、弁護側はB-2説を採用しない。

---

<sup>1</sup> 大谷實『刑法講義総論[新版第5版]』(成文堂,2019)205頁。

<sup>2</sup> 大谷・前掲205頁。

### C 説(危険の現実化説)について

本説によると、実行行為の危険性が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から、「危険」とは「科学法則上の危険」つまり科学的危険を意味している<sup>5</sup>と考える。もっとも、どの程度の危険が重大で、因果関係が肯定されるのかは科学法則から明らかになるわけではなく、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できない。よって判断基準が明確でないという点で本説は妥当ではない。

また、刑法上の因果関係は構成要件該当性を確定するための定型的・類型的判断であるべきであり、一般人ないし、社会通念上その行為から結果が発生することがあるかの否かの判断を重視している。よって行為後の事情から行為の危険度ないし寄与度を遡及的に判断するのは定型的な構成要件該当性の判断の役割ではなく、本説の考え方は構成要件の定型性を無視するものとして妥当ではない<sup>3</sup>。

したがって、弁護側は C 説を採用しない。

### 15 B-3 説(折衷的相当因果関係説)について

本説は行為時、一般人に認識可能であった事情及び行為者にとくに認識・予見されていた事情を判断の基礎とする説である。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非難の前提ともなるものであるから、行為時に一般人が認識し得た事情及び行為者が認識していた特別の事情を判断の基礎とし、また行為後の事情は考慮に入れず、因果関係を判断する点で妥当である<sup>4</sup>。

本説に対しては以下 2 点の批判が考えられる。

1 点目は、因果関係は客観的構成要件要素であるのに、主観的要素である行為者の認識・予見を考慮してよいのか、というものである。これに対しては、構成要件が人々に対する行為規範を示すもので、因果関係がその一部である以上、行為者の認識という主観的要素を考慮の方が妥当<sup>5</sup>であるとの反論があてはまる。また、行為は主観と客観の統合体であり、行為者の主観は 1 つの判断材料になるにすぎないため、問題とはならない。

2 点目は、複数の行為者が結果惹起に関与した場合、認識が異なると因果関係の有無が異なることにならないか、というものである。これに対しては、認識している人にとって結果発生は偶然ではないが、認識していない人にとって結果発生は偶然である以上、両者の取り扱いに差異が生じるのは当然である<sup>6</sup>から、この点も問題とはならない。

したがって、弁護側は B-3 説を採用する。

---

<sup>3</sup> 大谷・前掲 220 頁。

<sup>4</sup> 大谷・前掲 221 頁。

<sup>5</sup> 前田雅英『刑法総論講義[第 6 版]』(東京大学出版会,2015)132 頁。

<sup>6</sup> 大谷・前掲 206 頁。

## 2. 因果関係の錯誤による故意の肯否

弁護側はB-3説を採用することから、因果関係の錯誤による故意は問題とならないため、言及しない。

## 5 III. 本問の検討

### 第1. 行為の個数について

Aの頸部を麻縄で絞めつけた第1行為とAを砂上に放置した第2行為について、第1行為の目的はAを殺害すること、第2行為の目的は第1行為の犯行の発覚を防ぐことであり、故意の異なる行為であるので、行為は2個あると解することができる。

### 10 第2. 甲の第1行為について

1. 甲がAの頸部を麻縄で締めつけた行為に殺人罪(刑法(以下省略)199条)が成立するか。

(1) 実行行為とは、結果発生の実現的危険性を有する行為をいい、本件における甲のAの頸部を麻縄で絞めつけるという行為は、Aの死亡という結果が発生する現実的危険性を有するといえる。よって、甲の行為は実行行為にあたる。

15 (2) しかし、甲には殺人の故意があるものの、甲の第1行為によっては、Aの死亡という結果は発生しなかった。

(3) よって、殺人罪の構成要件は満たされないため、甲の第1行為に殺人罪は成立しない。

2. ここで、最終的にAが死亡していることから、Aの死亡という結果は発生しているが、第2行為を介在しているため、第1行為と結果との間に因果関係が認められるかが問題となる。

20

(1) 弁護側の採用するB-3説では、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非難の前提ともなるものであるから、行為時に一般人に認識可能であった事情及び行為者にとくに認識・予見されていた事情を判断の基礎とし、また行為後の事情は考慮に入れず、因果関係を判断する。

25 (2) 本件において、Aの死因は海岸の砂末を吸引したことによる窒息死である。しかし、一般的には、意識を失っている人を海岸に寝かせても、砂末を吸って死ぬとは想像しがたい。また、行為者である甲も、Aはすでに死亡していると思っているため、一般人、行為者共にAの死亡という結果を認識・予見することはできないと解される。

30 (3) また、B-3説では、行為後の介在事情は考慮に入れないため、甲の行為後にAが砂末を吸引したことは、因果関係の有無の判断には含めない。

(4) よって、第1行為と結果との間に因果関係は認められない。

35 3. ここで、甲の第1行為は、Aの死亡という結果が発生する現実的危険性を有するものであるため甲は「実行に着手(43条)」しており、また、第1行為によってはAの死亡という結果は発生しなかったため、甲はその行為を「遂げなかった(同条)」。よって、甲の第1行為には殺人未遂罪(203条、199条)が成立する。

### 第3. 甲の第2行為について

1. 甲が A を砂上に放置した行為にいかなる罪が成立するか、抽象的事実の錯誤が問題となる。

(1) 故意責任の本質は、反規範的人格態度に対する強い道義的非難にあり、かかる規範は構成要件の形で与えられている。そのため、認識していた事実と発生した事実とが異なる構成要件にわたって食い違っている場合、原則として故意は認められない。

(2) 構成要件とは法益侵害行為を類型化したものであるところ、行為態様と保護法益において共通性・類似性があり、実質的な構成要件の重なり合いが認められる場合には、その重なり合う限りで故意が認められると解する。

(3) 本件において、A を殺害する目的で砂上に放置する行為と、A の死体を砂上に遺棄する行為との間には行為態様の共通性・類似性が認められる。しかし、人の生命・身体を保護法益とする殺人罪と、国民の死者に対する敬虔感情を保護法益とする死体遺棄罪(190 条)との間に保護法益の共通性・類似性は見られず、実質的な構成要件の重なり合いは認められない。

(4) よって、甲の第 2 行為には殺人罪及び死体遺棄罪のいずれも成立しない。

(5) ここで、甲は第 2 行為に及ぶ際、A が本当に死んでいるか否かを確認することは可能であり、A を砂上に放置することをやめたり、A の死亡という結果を防止したりすることもできたと考えられる。しかし、甲はそれらの行為を行っていないため、結果予見義務と結果回避義務に違反しているといえる。これは過失致死罪(210 条)の構成要件に該当する。

(6) したがって、甲の第 2 行為には過失致死罪が成立する。

#### 20 IV. 結論

第 1 行為に殺人未遂罪(203 条、199 条)、第 2 行為に過失致死罪(210 条)が成立し、両者は併合罪(45 条前段)となる。

以上