

第7問

(事案)

甲は、Aを殺害するつもりで拳銃を発砲したところ、予想外にも、弾丸がAだけでなく付近にいたBにも命中し、Aが負傷し、Bが死亡した。

(設問)

甲の罪責について、論じなさい(特別法違反の点は除く。)

(解説)

1. 出題の概要

第7問は、方法の錯誤の事案を通じて、方法の錯誤における具体的事実の錯誤及び併発結果に関する基本的な理解を問う問題である

2. 解答のポイント

(1) Bに対する殺人既遂罪

ア. 認識していない既遂客体に対する殺人既遂罪の成否から検討する理由

本問のように、認識していた客体には死亡結果は発生せず、認識していなかった客体にのみ死亡結果が発生したという場合には、認識していた客体に対する殺人未遂罪(203条、199条)からではなく、死亡結果が発生した客体に対する殺人既遂罪の成否から検討することとなる。併発結果に関する学説として、一故意犯説を採用する場合には、未遂客体に対する故意を既遂客体に転用して既遂客体に対する殺人既遂罪の成立が認められる一方で未遂客体に対する殺人未遂罪の成立が否定されるため、この意味において、一故意犯説と数故意犯説との対立は、未遂客体に対する殺人未遂罪の検討において顕在化するからである。そして、両説の対立は、方法の錯誤において抽象的法定符合説を採用した場合にはじめて問題となる論点であるから、認識していない既遂客体に対する殺人既遂罪の検討過程において抽象的法定符合説を論じた上で、未遂客体に対する殺人未遂罪の検討に入り両説の対立を論じることになるのである。

イ. 方法の錯誤

甲はAを殺害する認識で、認識していないBを殺害しているから、方法の錯誤によりBに対する殺人罪の故意(38条1項本文)が阻却されるのではないかが問題となる。

具体的事実の錯誤において、判例・通説は、故意責任の本質である規範の問題は構成要件の形式で与えられていることから、認識事実と実現事実とが同一構成要件内で符合している限り具体的事実の錯誤は故意を阻却しないと解している(法定的符合説)。

方法の錯誤については、同一構成要件内での符合の有無を判断する際に法益主体の相違を重視すべきか否かという点において、具体的法定符合説と抽象的法定符合説とが対立している。

具体的法定符合説は、一個の行為で数人を殺害した場合には被害者の数だけ殺人罪の客観的構成要件該当性が認められるのだから、構成要件を基準とする法定的符合説の論理としては方法の錯誤の場合にも被害者を抽象化して捉えることはできないとして、法益主体(被害者)については認識事実と実現事実とが具体的に符合していることを要求する。この見解からは、方法の錯誤では、認識事実と実現事実が「その人」という具体的

基礎応用 47頁 [論点4]、論
証集 25頁 [論点4]

なレベルで符合していないため、故意が阻却される。

これに対し、抽象的法定符合説は、具体的事実の錯誤の場面において法益主体（被害者）を抽象化して捉えることを認めることで、方法の錯誤の場合であっても、認識事実と実現事実が「およそ人」という抽象的なレベルで符合している以上、故意は阻却されないと解する。判例・通説はこの立場である。

甲は A を殺害する認識がある以上、その認識と B 殺害という実現事実とがおよそ人を殺害するという抽象的な次元において殺人罪の構成要件の範囲内で符合しているから、甲には B に対する殺人罪の故意が認められる。

したがって、甲には B に対する殺人既遂罪が成立する。

(2) A に対する殺人未遂罪

甲は A を殺害する認識を有していたが、既遂客体である B との関係で殺人罪の故意を認めていることから、A との関係でも殺人罪の故意を認めることができるかが問題となる。これは、併発結果の事例における故意の個数の問題である。

責任主義を理由に、1 個の故意には 1 個の故意犯しか成立しないと見解もある（一故意犯説）。この見解は、故意が 1 個であることの枠内において故意を転用するものであり、第一次的には重い結果が発生した客体に、第二次的に認識していた客体に対する故意犯を認めるという考え方が有力である。この見解によると、死亡した B に対する殺人罪の故意が認められることで B に対する殺人既遂罪が成立する一方で、A に対する殺人罪の故意が否定されることにより A に対する殺人未遂罪は成立しない。A に対する犯罪としては、過失致傷罪（事案によっては、重過失致傷罪）が成立し得るとどまる。

これに対し、抽象的法定符合説では構成要件のレベルで故意が抽象化されるから、複数の成立可能な故意犯の中から一つだけを選び出すことには理論上無理があるとの理由から、併発事実の事例では生じた結果の数だけ故意犯の成立が認められると解する見解もある（数故意犯説）。この見解は、複数の故意犯の成立を認める一方で、責任主義の見地から、複数の故意犯は観念的競合（54 条 1 項前段）により科刑上一罪として処理されるとする。これが判例の立場である。この見解からは、甲には A に対する殺人罪の故意も認められるから、A に対する殺人未遂罪も成立し B に対する殺人既遂罪と A に対する殺人未遂罪とは観念的競合により科刑上一罪として処理される。

最判 S53.7.28・百 I 42

基礎応用 48 頁 [論点 5]、論
証集 25 頁 [論点 5]

最判 S53.7.28・百 I 42

(参考答案)

1. B に対する殺人既遂罪 (刑法 199 条)

(1) 甲は、拳銃を発砲するという殺人罪の実行行為によって、弾丸が命中した B を死亡させているから、「人を殺した者」に当たる。

(2) 甲は A を殺害する認識で、認識していない B を殺害しているから、方法の錯誤により B に対する殺人罪の故意 (38 条 1 項本文) が阻却されるのではないかが問題となる。

ア. 故意責任を問うためには、行為規範の問題が与えられることで反対動機が形成可能であったことが必要である。そして、認識事実と実現事実が同一構成要件内で抽象的に符合している限り、同じ構成要件的評価を受ける事実の認識を通じて反対動機を形成可能な行為規範の問題が与えられていたといえるから、方法の錯誤も含めて具体的事実の錯誤は故意を阻却しないと解する (抽象的法定符合説)。

イ. 甲は A を殺害する認識がある以上、その認識と B 殺害という実現事実とがおおよそ人を殺害するという抽象的な次元において殺人罪の構成要件の範囲内で符合しているから、甲には B に対する殺人罪の故意も認められる。

(3) したがって、甲には B に対する殺人既遂罪が成立する。

2. A に対する殺人未遂罪 (203 条、199 条)

(1) 甲は、A に向かって拳銃を発砲することで A に対する殺人罪の「実行に着手」(43 条本文) したが、弾丸が当たった A が負傷したにとどまり死亡しなかったため、A 殺害「を遂げなかった」(43 条本文) のだから、殺害未遂罪の客観的構成要件に該当する。

(2) A を殺害するという 1 つの認識を有するにとどまる甲について、B に対する殺人罪の故意のほかに A に対する殺人罪の故意も認めることができるのか。

ア. 方法の錯誤による併発結果の事案について、責任主義を理由に、1 個の故意には 1 個の故意犯しか成立しないと一故意犯説もある。この見解からは、A に対する殺人罪の故意が否定される。

しかし、抽象的法定符合説では、構成要件のレベルで故意が抽象化されるから、複数の成立可能な故意犯の中から一つだけを選び出すことには、理論上無理がある。そこで、併発事実の事例においては、生じた結果の数だけ故意犯の成立が認められると解すべきである (数故意犯説)。

イ. したがって、甲には A に対する殺人罪の故意も認められるから、A に対する殺人未遂罪が成立する。

3. 罪数

甲は、① B に対する殺人既遂罪と② A に対する殺人未遂罪の罪責を負う。

そして、前述した数故意犯説は、責任主義の見地から、複数成立

する故意犯を観念的競合（54条1項前段）により科刑上一罪として
処理するべきであると解するから、①と②は観念的競合となる。

以上

第 8 問

(事案)

甲は、深夜に、路上に横たわっている V の死体を見て、V が死亡していることに気が付かないまま、かねてより V に対して恨みを持っていたことからチャンスだと考え、V を殺害しようと思い、自動車です V の死体を運んだ上で山中に埋めた。

(設問)

甲の罪責について、論じなさい(特別法違反の点は除く。)

(解説)

1. 出題の概要

第8問は、殺人罪(重い罪)の認識で死体遺棄罪(軽い罪)を実現した事案を通じて、抽象的事実の錯誤に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

抽象的事実の錯誤には、①重い罪の認識で軽い罪を実現した場合、②軽い罪の認識で重い罪を実現した場合及び③認識した罪と実現した罪の法定刑が同一である場合とがある。①・③では、実現した罪に対する故意の有無が問題となり、②では、認識していた軽い罪との関係で客観的構成要件該当性が問題となる。

甲は、殺人罪(重い罪)の認識で死体遺棄罪(軽い罪)を実現しているため、本問は①に属する。

行為者の反社会的な危険性に着目し、認識事実と実現事実がおよそ何らかの犯罪という意味で抽象的に符合していれば、何らかの故意犯を認めるべきであるとする見解もある(抽象的符合説)。

しかし、異なる構成要件間で無制限に故意を認めることは、罪刑法定主義(構成要件の犯罪個別化機能)及び責任主義を没却するものであり、妥当でない。

故意責任の根拠である行為規範の問題は構成要件の形式で与えられているのだから、認識事実と実現事実が構成要件の範囲内で符合する限度で故意が認められると解すべきである(法定的符合説)。

そうすると、両者が異なる構成要件に該当する抽象的事実の錯誤では、原則として故意が阻却される(原則ルール)。

もっとも、認識事実が該当する構成要件と実現事実が該当する構成要件が重なり合う限度で、規範の問題が与えられているといえるから、故意が認められると解する(例外ルール・構成要件の符合説)。

例外ルールにおける構成要件が重なり合う場合には、㊦二つの構成要件が「基本となる構成要件」と「加重・軽減類型としての構成要件」という関係にある、又は一方の構成要件が他方の構成要件を包含する関係にあるというように、形式的に重なり合う場合だけでなく、㊧保護法益と行為態様の共通性から構成要件の実質的な重なり合いが認められる場合も含まれる。以上が判例の立場である。

殺人罪と死体遺棄罪とは、基本となる構成要件と加重・軽減類型としての構成要件という関係にも、前者が後者を包摂するという関係にもないから、構成要件の形式的な重なり合いはない。また、殺人罪の保護法益が人の生命である一方で、死体遺棄罪の保護法益は死者に対する宗教上の信念であるため、両者間に保護法益の共通性は認められないから、両者の構成要件が死体遺棄罪の限度で実質的に重なり合うともいえない。したがって、甲には死体遺棄罪の故意が認められない。

よって、甲には死体遺棄罪は成立しない。

基礎応用 56 頁 [論点 8]、論
証集 31 頁 [論点 8]

(参考答案)

1. 甲は、Vの死体を運んだ上で山中に埋めたことにより、Vの「死体…を遺棄」しているから、死体遺棄罪（刑法190条）の客観的構成要件に該当する。
2. もっとも、甲は、Vが死亡していることに気が付かないまま、Vを殺害する認識で上記行為に及んでいるから、殺人罪（199条）の認識で死体遺棄罪を実現している。そこで、抽象的事実の錯誤が問題となる。
 - (1) 故意責任の根拠である行為規範の問題は構成要件の形式で与えられているため、認識事実と実現事実が構成要件の範囲内で符合する限度で故意が認められると解すべきだから、両者が異なる構成要件に該当する抽象的事実の錯誤では原則として故意が阻却される。もっとも、両者間で構成要件が重なり合う限度では、規範の問題が与えられているといえるから、故意が認められると解する。
 - (2) 殺人罪と死体遺棄罪とは、基本となる構成要件と加重・軽減類型としての構成要件という関係にも、前者が後者を包摂するという関係にもないから、構成要件の形式的な重なり合いはない。また、殺人罪の保護法益が人の生命である一方で、死体遺棄罪の保護法益は死者に対する宗教上の信念であるため、両者間に保護法益の共通性は認められないから、両者の構成要件が死体遺棄罪の限度で実質的に重なり合うともいえない。

したがって、甲には死体遺棄罪の故意が認められない。
3. よって、甲には死体遺棄罪は成立せず、甲は何らの罪責も負わない。

以上

第9問

(事案)

甲は、公園のベンチに置かれているV所有の携帯電話を見て、誰かが置き忘れて当分時間が経っていると思い、誰かに売って換金するつもりで、上記携帯電話を自宅に持ち帰った。

なお、甲がVの携帯電話を持ち帰ろうとした時点では、Vが携帯電話を置き忘れてから1分前後しか経過しておらず、未だ携帯電話についてVの占有が認められていたものとする。

(設問)

甲の罪責について、論じなさい(特別法違反の点は除く。)

(解説)

1. 出題の概要

第9問は、遺失物横領罪(軽い罪)の認識で窃盗罪(重い罪)を実現した事案を通じて、抽象的事実の錯誤に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

抽象的事実の錯誤には、①重い罪の認識で軽い罪を実現した場合、②軽い罪の認識で重い罪を実現した場合及び③認識した罪と実現した罪の法定刑が同一である場合とがある。①・③では、実現した罪に対する故意の有無が問題となり、②では、認識していた軽い罪との関係で客観的構成要件該当性が問題となる。

甲は、遺失物横領罪(軽い罪)の認識で窃盗罪(重い罪)を実現しているため、本問は②に属する。

甲の行為が窃盗罪(235条)の客観的構成要件に該当するものの、甲には遺失物横領罪の故意しかないため窃盗罪は成立せず(38条2項)、故意を有する遺失物横領罪の成否が問題となる。ここでは、窃盗罪の客観的構成要件該当性をもって遺失物横領罪の客観的構成要件該当性を充足するかという形で、故意を有する罪の客観的構成要件該当性が問題となっているのである。

学説には、行為者の反社会的な危険性に着目し、認識事実と実現事実がおよそ何らかの犯罪という意味で抽象的に符合していれば、何らかの故意犯の成立を認めるべきであるとする見解もある(抽象的符合説)。しかし、異なる構成要件間で(無制限に)故意を認めることは、罪刑法定主義及び責任主義を没却するものであり、妥当でない。

構成要件の犯罪個別化機能からすれば、認識事実と実現事実が構成要件の範囲内で符合する限度で故意犯の成立が認められるべきである。そうすると、両者が異なる構成要件に該当する抽象的事実の錯誤では、原則として故意犯の成立が否定される(原則ルール)。もっとも、認識事実の構成要件と実現事実の構成要件が重なり合う場合には、その限度において両事実は同一の構成要件的評価を受けるから、軽い罪の限度で故意犯の成立を認めることができる(例外ルール)。以上が判例の立場である。

窃盗罪と遺失物横領罪とは、構成要件の形式的な重なり合いはない。しかし、領得という行為態様の共通性がある。また、窃盗罪の保護法益を事実上の占有であると理解する占有説も本罪の究極的な保護法益が所有権であることまで否定する趣旨ではないから、窃盗罪と遺失物横領罪の保護法益は所有権という点で共通する。そうすると、両者は遺失物横領罪の限度で構成要件が実質的に重なり合うから、甲には遺失物横領罪の客観的構成要件該当性が認められる。

よって、甲には遺失物横領罪が成立する。

基礎応用 58 頁 [論点 9]、論
証集 32 頁 [論点 9]

最決 S61.6.9・百 I 43

(参考答案)

1. 甲は、公園ベンチに置かれている V の所有と占有に属する「他人の財物」である V の携帯電話を自宅に持ち帰えることで「窃取」したのだから、窃盗罪（刑法 235 条）の客観的構成要件に該当する。
2. もっとも、甲は、公園のベンチに置かれている V の携帯電話を見て、誰かが置き忘れて当分時間が経っていると思っていたのだから、V の携帯電話について誰の占有に属しない「遺失物」（254 条）であると認識している。そうすると、甲は、遺失物横領罪の認識で窃盗罪を実現したことになる。したがって、甲には、故意を有しない「重い罪」である窃盗罪は成立しない（38 条 2 項）。
3. では、甲には、故意を有する遺失物横領罪が成立するか。前記 1 の窃盗罪の客観的構成要件該当性をもって遺失物横領罪の客観的構成要件該当性を充足するかが問題となる。
 - (1) 構成要件の犯罪個別化機能からすれば、認識事実と実現事実が構成要件の範囲内で符合する限度で故意犯の成立が認められるべきだから、両者が異なる構成要件に該当する抽象的事実の錯誤では原則として故意犯の成立が否定される。もっとも、両者間で構成要件が重なり合う場合には、その限度において両事実は同一の構成要件的评价を受けるから、軽い罪の限度で故意犯の成立を認めることができると解する。
 - (2) 窃盗罪と遺失物横領罪とは、構成要件の形式的な重なり合いはない。しかし、領得という行為態様の共通性がある。また、窃盗罪の保護法益を事実上の占有であると理解する占有説も本罪の究極的な保護法益が所有権であることまで否定する趣旨ではないから、窃盗罪と遺失物横領罪の保護法益は所有権という点で共通する。そうすると、両者は遺失物横領罪の限度で構成要件が実質的に重なり合う。したがって、甲には、遺失物横領罪の客観的構成要件該当性が認められる。
4. よって、甲には遺失物横領罪が成立する。 以上

第10問

(事案)

甲は、山中において、その首を絞めてVを殺害した後で、Vの死体を山中の崖下に落とすことで、Vが甲とはぐれた後に山中をさまよって滑落したかのように装い犯跡を隠蔽しようと考えた。

甲は、山中において、Vを殺すため、眠っているVの首を両手で強く絞め付け、Vがぐったりしたのを見て、Vが死亡したものと思い込んだ。しかし、この時点で、Vは、意識を失っただけで、実際には生きていた。

甲は、その後、Vの死体を付近の崖まで運んで崖下に落とすため、Vを上記崖まで運び、Vを崖下に落とした。甲は、Vが既に死んでいると軽信し続けていたが、この時点でもVはまだ生きており、上記崖から地面に落下した際、頭部等を地面に強く打ち付け、頭部外傷により即死した。

(設問)

甲の罪責について、論じなさい（特別法違反の点は除く。）。

(解説)

1. 出題の概要

第10問は、遅すぎた構成要件の実現(ウェーバーの概括的故意)に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

甲は、Vを殺すため、眠っているVの首を両手で強く絞め付け(以下「第一行為」という。)、Vが活着しているにもかかわらず、第一行為によりVが死亡したものだと思込み、Vを崖下から落とし(以下「第二行為」という。)、第二行為によりVを死亡させている。これは、「遅すぎた構成要件の実現」と呼ばれる事案である。

(1) 第一行為と第二行為の関係

遅すぎた構成要件の実現とは、第一行為によって結果を実現したと思ひ、第二行為を行ったところ、第二行為により初めて結果が実現された場合をいう。

かつては、第一行為と第二行為を包括的に支配する「概括的故意」という特殊な故意を認め、第一行為と第二行為を殺人罪の実現に向けられた一個の行為と捉えることで、当初の意図が結局実現されたのであるから殺人既遂罪が成立すると説明されていた。

しかし、遅すぎた構成要件の実現事例では、第一行為で結果を実現する認識で第一行為を実行したことにより故意が失われる。そうすると、第一行為と第二行為は、意思の連続性を欠くから、一個の行為として把握されるべきではない。¹⁾

本問においても、甲が第一行為によりVを死亡させるつもりで第一行為を実行したことにより、甲の殺人の故意は失われる。したがって、第一行為と第二行為とは意思の連続性を欠くから、一個の行為として捉えるではなく、別々の行為と捉えた上で犯罪の成否を検討すべきである。

(2) 第一行為についての殺人罪(199条)の成否

ア. 実行行為性

第一行為は、頸部圧迫による窒息死の現実的危険性を有し、殺人罪の実行行為に当たる。

イ. 因果関係

Vは、第二行為により崖から地面に落下した際、頭部等を地面に強く打ち付け、頭部挫傷により即死しているため、第一行為とV死亡との間には、X死亡の直接的原因となった第二行為が介在している。このように、遅すぎた構成要件の実現の事案

令和5年予備試験設問2参考

基礎応用53頁[論点7]、論証集30頁[論点7]

¹⁾ かつての見解(行為の一個性を認める見解)は、「存在しない行為を擬制するもの」であり、妥当ではない。すなわち、遅すぎた構成要件の実現では、第一行為により殺人を実現する認識で第一行為を実行したのだから、第一行為の終了とともに殺人の故意が消滅する。したがって、第二行為の時点では、すでに殺人の故意が消滅している(早すぎた構成要件の実現の事例と異なり、意思の連続性を欠く)。そうすると、第一行為と第二行為とを、殺人罪の実現に向けられた一個の行為と捉えることには無理がある。これに対し、早すぎた構成要件の実現では、第一行為と第二行為を一体的に捉えることにより第二行為に留保されていた殺人既遂の故意を第一行為の時点で認める見解が主流であるが、第一行為の時点で殺人既遂の故意が消滅しているわけではないから、存在しない故意を擬制することにはならないのである(基本刑法I117頁)。

では、第一行為と結果との間の因果関係の有無について、両者間に結果発生の直接的原因となった第二行為が介在していることを踏まえて論じることになる。

遅すぎた構成要件の実現の事案は、因果関係の事案類型に関する間接実現型のうち高速道路進入事件型に位置付けられるから、第一行為と第二行為との間に「起因」「支配」「誘発」といった関係性が要求される。これらの関係性が認められる場合には、第一行為には結果発生の直接的原因になっている第二行為をもたらす危険性を有する（第二行為を経由して結果を発生させる危険性が含まれている）ものとして評価されることになるから、そのような意味での第一行為の危険性が結果へと現実化したといえることになり、因果関係が認められる。

判例は、AはBを絞殺するつもりでBの頸部を細麻縄で絞め（第一行為）、Bが動かなくなったため既に死亡したと思い、犯行発覚を防ぐ目的でBの死体を海岸の砂上に運び放置した（第二行為）ところ、Bは海岸の砂末を吸引して窒息死したという事案において、「被告の殺害の目的を以て為したる行為の後、被告がBを既に死せるものと思惟して犯行発覚を防ぐ目的を以て海岸に運び去り砂上に放置したる行為ありたるものにして、此の行為なきに於ては砂末吸引を惹起すことなきは勿論なれど、本来前示の如き殺人の目的を以て為したる行為なきに於ては犯行発覚を防ぐ目的を以てする砂上の放置行為も亦、発生せざりしことは勿論にして、之を社会生活上の普通観念に照し、被告の殺害の目的を以て為したる行為とBの死との間に原因結果の関係あることを認むるを正当とすべく、被告の誤認に因り死体遺棄の目的に出でたる行為は、毫も前記の因果関係を遮断するものに非ざるを以て、被告の行為は刑法第199条の殺人罪を構成するものと謂うべく、此の場合には殺人未遂罪と過失致死罪の併存を認むべきものに非ず。」と判示し、第一行為とB死亡との間の因果関係を認めた上で、第一行為には殺人既遂罪が成立するとしている。

大判T12.4.30・百15

当時の判例は、条件説を採用していたと理解されているが、現在の判例の立場である危険の現実化説からも、因果関係を認めることができる。なぜならば、「殺害行為に及んだ者が犯行の発覚を恐れてこれを遺棄しようとすることはありうること」であるため、第一行為が第二行為をもたらす危険性を有しており、その危険性が結果へと現実化したといえるからである。

基本刑法I 118頁

本問において、Vは、第二行為により崖から地面に落下した際、頭部等を地面に強く打ち付け、頭部挫傷により即死している。そして、甲は、Vを殺害した上でVが滑落によって事故死したように装い犯跡を隠蔽しようと考え、第二行為に及んでいるところ、殺害行為に及んだ者が犯跡隠蔽のために被害者を遺

棄しようとすることは通常あり得ることである。そうすると、第一行為には第二行為をもたらす危険性があり、その危険性がV死亡へと現実化したといえるから、因果関係が認められる。

ウ. 殺人罪の故意

遅すぎた構成要件の実現の事案では、実際には第二行為を直接の原因として結果が発生しているにもかかわらず、行為者が第一行為を直接の原因として結果が発生したと認識していることから、因果関係の錯誤が問題となる。

因果関係も客観的構成要件要素であるから、故意の認識対象になる。もっとも、故意責任の本質である規範の問題は構成要件の形式で与えられているから、認識事実と実現事実とが同一構成要件内で符合している限り、具体的事実の錯誤は故意を阻却しないと解する（法定的符合説）。そして、因果関係の錯誤は、認識した因果経過と現実の因果経過とがいずれも因果関係の認められるものとして同一構成要件の範囲内で符合するものである。したがって、因果関係の錯誤は故意を阻却しない。

よって、甲には殺人罪の故意も認められる。

エ. 結論

以上より、第一行為には殺人既遂罪が成立する。

(3) 第二行為についての犯罪の成否

ア. 殺人既遂罪

確かに、第二行為は殺人既遂罪の客観的構成要件に該当する。

しかし、遅すぎた構成要件の実現事例では、第一行為で結果を実現する認識で第一行為を実行したことにより故意が失われる。

本問では、甲が第一行為によりVを死亡させるつもりで第一行為を実行したことにより、甲の殺人罪の故意は失われる。

したがって、第二行為の時点では、甲は殺人罪の故意を有しないから、死体遺棄罪（190条）の認識で殺人罪を実現したことになり、「重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった」場合として、「重い罪に当たる」殺人罪は成立しない（38条2項）。

イ. 死体遺棄罪

甲は、第二行為により、死体遺棄罪の認識で殺人罪を実現しており、これは、抽象的事実の錯誤のうち、軽い罪の認識で重い罪を実現した場合に当たる。

この場合について、判例・通説は、認識事実の構成要件と実現事実の構成要件が重なり合うときは、その限度において両事実同一の構成要件的評価を受けられるから、軽い罪の限度で故意犯の成立を認めることができると解している（これは、故意の問題ではなく、故意を有する軽い罪についての客観的構成要件該当性の問題である。）。

基礎応用 52 頁 [論点 6]、論
証集 29 頁 [論点 6]

基礎応用 58 頁 [論点 9]、論
証集 32 頁 [論点 9]、最決
S61.6.9・百 I 43

死体遺棄罪の保護法益は死者に対する宗教上の信念（広い意味での宗教感情）であるのに対し、殺人罪の保護法益は人の生命であるから、両者間に保護法益の共通性は認められない。そうすると、両者の構成要件が死体遺棄罪の限度で実質的に重なり合うとはいえないから、死体遺棄罪の客観的構成要件該当は認められない。

したがって、第二行為には死体遺棄罪は成立しない。前掲した遅すぎた構成要件の実現の事案に関する判例も、死体遺棄罪の成立を認めていない。

ウ．過失致傷罪

第二行為により被害者を死亡させたことに過失が認められる場合には、過失致傷罪（209条）が成立し、重過失が認められる場合には重過失致傷罪（211条後段）が成立する（業務上過失が認められる場合には、業務上過失致傷罪〔211条前段〕が成立する。）。

第二行為が被害者死亡の直接的原因となっている以上、第二行為と死亡の間の因果関係も認められるから、第二行為には過失致死罪等が成立するようにも思えるが、死の二重評価を避ける観点から、第二行為には過失致傷罪等が成立するにとどまると解されている。そして、過失行為により惹起された結果のうち、故意行為に吸収されているのは死亡結果だけであるから、第一行為に成立する殺人既遂罪と第二行為に成立する過失致傷罪等とは、包括一罪ではなく併合罪の関係に立つ。

問題文には「甲は、Vが既に死んでいると軽信し続けていた」とあるため、甲には重過失があるとして、重過失致傷罪の成立を認める余地がある。

(参考答案)

1. 甲は、Vを殺すため、眠っているVの首を両手で強く絞め付け(以下「第一行為」という。)、Vが生きているにもかかわらず、第一行為によりVが死亡したものだと思い込み、Vを崖下から落とした(以下「第二行為」という。)。甲が第一行為によりVを死亡させるつもりで第一行為を実行したことにより、甲の殺人の故意は失われる。したがって、第一行為と第二行為とは、意思の連続性を欠くから、一個の行為として捉えるではなく、別々の行為と捉えた上で犯罪の成否を検討すべきである。

2. 第一行為には、殺人罪(刑法199条)が成立するか。

(1) 第一行為は、頸部圧迫による窒息死の現実的危険性を有し、殺人罪の実行行為に当たる。

(2) 第一行為とV死亡との間には第二行為が介在しているため、因果関係の有無が問題となる。

因果関係は、行為の危険が結果へと現実化した場合に認められる。

Vは、第二行為により崖から地面に落下した際、頭部等を地面に強く打ち付け、頭部挫傷により即死している。そして、甲は、Vを殺害した上でVが滑落によって事故死したように装い犯跡を隠蔽しようと考え、第二行為に及んでいるところ、殺害行為に及んだ者が犯跡隠蔽のために被害者を遺棄しようとすることは通常あり得ることである。そうすると、第一行為には第二行為をもたらず危険性があり、その危険性がV死亡へと現実化したといえるから、因果関係が認められる。

(3) 甲の計画に反して第一行為後もVが生きていたことから、甲には因果関係の錯誤がある。

因果関係の錯誤では、認識した因果経過と実際の因果経過とがいずれも因果関係の認められるものとして同一構成要件の範囲内で符合する以上、故意責任の本質である行為規範の問題が与えられていたといえるから、故意は阻却されないと解する。

したがって、因果関係の錯誤は甲の故意を阻却しない。

(4) よって、第一行為には殺人既遂罪が成立する。

3. 第二行為には、いかなる犯罪が成立するか。

(1) 第二行為は殺人既遂罪の客観的構成要件に該当するが、甲には殺人罪の故意がないから、殺人既遂罪は成立しない(38条2項)。

(2) 甲は死体遺棄罪(190条)の認識で殺人罪を実現しているところ、両者間では保護法益が異なるために構成要件の実質的な重なり合いがないから、死体遺棄罪も成立しない。

(3) 甲は、Vが既に死んでいると軽信して第二行為に及んでVを死亡させているから、重過失致傷罪(211条後段)が成立する。

なお、死の二重評価を避けるために、死亡結果は帰責されない。

以上

