

第 1 問

総まくり 7 頁以下、論証集

3 頁以下、令和 4 年予備試

験参考

(事案)

甲(35歳、男性)は、A市内のアパートにおいて、長男X(12歳)と2人で暮らしていたところ、Xが甲に逆らう素振りを見せるときは、Xの顔にタバコの火を押し付けたり、ドライバーで顔をこすったりしてXを意のままに従わせていた。

甲は、自宅において、Xに対して、「今晚、ステーキ肉が食べたいな。B店の精肉コーナーから、ステーキ用の牛肉を2パックとってこい。」と言った。Xは、甲の言うことを聞かなければまた甲から暴力を受けるのではないかと思い、甲の言うとおりにしようと思い、「分かった。」と返答し、商品を隠し入れるためのエコバッグを甲から受け取った。

Xは、自宅を出て、上記エコバッグを持ってB店に入り、精肉コーナーにおいて、1パック3000円のステーキ用牛肉を見付け、2パックを手に取り、誰にも見られていないことを確認した上で同エコバッグに入れ、そのまま店を出て、帰宅後、牛肉2パックが入った上記エコバッグを甲に渡した。

甲は、これを受け取り、同日以降、甲だけでこれらの牛肉を全て食べた。

(設問)

甲の罪責について、論じなさい(建造物侵入罪及び特別法違反の点は除く。)

(参考答案)

1. Xは、甲に命じられ、B店の精肉コーナーにあるステーキ用の牛肉2パックという「他人の財物」をエコバッグに入れて、代金を支払うことなく店外に出ることで「窃取」することによって、自ら窃盗罪(刑法235条)の实行行為を行っているように見える。そうすると、Xの窃盗罪の实行行為性を前提として、甲には窃盗罪の共謀共同正犯(60条)又は教唆犯(61条1項)が成立するにとどまるとも思える。

2. もっとも、甲がXに対して「B店の精肉コーナーから、ステーキ用の牛肉を2パックとってこい。」と言って窃盗を命じていることから、甲には窃盗罪の间接正犯が成立しないだろうか。

(1) 結果を直接惹起する他人の行為を①正犯意思に基づいて②道具として利用した者については、構成要件的结果惹起の原因を支配した者であると評価できるから、间接正犯が成立すると解する。刑事未成年者(41条)を利用する者については、自らの言動により刑事未成年者の意思を抑圧している場合には、①②のうち②が認められると解される。

(2) 甲は、「今晚、ステーキ肉が食べたいな。」と言っており、Xから受け取ったステーキ用の牛肉を自分だけで食べていることから、Xにステーキ用の牛肉を盗ませて自分だけで食べるつもりだったといえる。したがって、甲には、自己の犯罪を実現するためにXを利用するという正犯意思がある(①)。

Xは、12歳の刑事未成年者(41条)であるものの、事理弁識能力を有する年齢であるから、B店における万引きという単純な犯罪については、その違法性を理解できるため、その实行については規範的障害が生じる。しかし、甲は、A市内のアパートにおいてXと2人で暮らしており、Xが甲に逆らう素振りを見せるときは、Xの顔にタバコの火を押し付けたり、ドライバーで顔をこすったりしてXを意のままに従わせていた。そうすると、甲は、日頃の暴行等を通じてXの意思を抑圧していたといえる。このような状況下で甲から「とってこい。」という強い口調で窃盗を命じられたXは、甲の言うことを聞かなければまた甲から暴力を受けるのではないかと思い、甲の言うとおりにしようとしているのだから、甲により意思を抑圧されたまま本件窃盗に及んだといえる。したがって、甲はXを一方的に利用支配して本件窃盗を行わせたといえるから、Xの道具性も認められる(②)。

よって、甲には窃盗罪の间接正犯が成立するから、Xに命じて窃盗を行わせた甲は自ら窃盗罪の实行行為を行ったものとして正犯となる。

総まくり 7頁 [論点1]、論  
証集 3頁 [論点1]

3. 窃盗罪の主観的構成要件要素として、故意（38条1項本文）に加え、権利者排除意思・利用処分意思を内容とする不法領得の意思が必要であると解される。

甲は、盗んだステーキ用の牛肉を自分で食べるつもりだったのだから、故意に加えて不法領得の意思も有する。

4. 以上より、甲には窃盗罪が成立し、甲はその罪責を負う。以上



第 2 問

総まくり 20 頁以下、論証

集 14 頁以下、平成 22 年司

法試験参考

(事案)

1 V (78 歳) は、数年前から自力で食事や排せつを行うことができない、いわゆる寝たきりの要介護状態にあり、自宅で、妻甲 (68 歳) の介護を受けていたが、風邪をこじらせて肺炎となり、A 病院の一般病棟の個室に入院して主治医 B の治療を受け、容体は快方に向かっていた。

A 病院に勤務し、V を担当する看護師乙は、V の容体が快方に向かっているからは、B の指示により、2 時間ないし 3 時間に 1 回程度の割合で V の病室を巡回し、検温をするほか、容体の確認、投薬や食事・排せつの世話などをしていた。

一方、甲は、V が入院した時から、連日、V の病室を訪れ、数時間にわたって V の身の回りの世話をしていた。このため、乙は、V の病状に何か異状があれば甲が気付いて看護師等に知らせるだろうと考え、甲が V の病室に来ている間の巡回を控えめにしていた。その際、乙は、甲に対し、「何か異状があったら、すぐに教えてください。」と依頼しており、甲も、その旨了承し、「私がいる間はゆっくりしててください。」などと乙に話し、実際に、甲は、病室を訪れている間、V の検温、食事・排せつの世話などをしていた。

2 V は、「D 薬」に対する強いアレルギー体質で、D 薬による急性のアレルギー反応でショック死する危険があったところ、A 病院側のミスにより、午後 1 時ころ、V に対して「D 薬」が点滴の方法により投薬された。

3 午後 1 時 35 分ころ、甲が来院し、V の病室に行く前に看護師詰所 (ナースステーション) に立ち寄ったので、乙は、甲に、「V さんが発熱したので、午後 1 時ころから、解熱消炎剤の点滴を始めました。そのうち熱は下がるとは思います。何かあったら声を掛けてください。私も 30 分おきに病室に顔を出します。」などと言い、甲は、「分かりました。」と答えて V の病室に行った。

甲は、V が眠っていたため病室を片付けるなどしていたところ、午後 1 時 50 分ころ、V が呼吸の際ゼイゼイと音を立てて息苦しそうにし、顔や手足に赤い発疹が出ていたので、慌てて V に声を掛けて体を揺すったが、明りょうな返事はなかった。

甲は、数年前に、V が「D 薬」に対するアレルギー反応を起こし、医師の救命措置により V が一命を取り留めたという経緯を直接見ていた経験から、V が再び薬によるアレルギー反応を起こして呼吸困難等に陥っていることが分かり、放置すると手

遅れになるおそれがあると思った。

しかし、甲は、このままVが死亡すれば、先の見えない介護生活から解放されるのではないかと思い、現時点のVの症状ならば、速やかに救命処置が開始されればVはまだ助かるだろうと思いながらも、事態を事の成り行きに任せ、Vの生死を、医師等の医療従事者の手にではなく、運命にゆだねることに決め、その結果がどうなろうとその運命に従うことにした。

4. 午後1時55分ころ、甲は、乙をVの病室に入らせないために、検温もしていないのに、検温表に午後1時50分の検温結果として38度5分と記入した上、更に容体が悪化しているVを病室に残して看護師詰所に行き、乙に検温表を示しながら、「体を拭いたら気持ち良さそうに眠りました。しばらくそっとしておいてもらえませんか。熱は下がり始めているようです。何かあればすぐにお知らせしますから。」と嘘を言ってVの病室に戻った。その後、甲は帰宅した。

5. 乙は、他の患者の看護に追われて多忙であった上、甲の話と検温表の記載から、Vの容体に異状はなく、熱も下がり始めて容体が安定してきたものと信じ込み、甲が付き添っているのだから眠っているVの様子をわざわざ見に行く必要はなく、午後2時30分ころに予定していた巡回は行わずに午後3時ころVの容体を確認すれば足りると判断した。

6. 午後3時ころ、Vの病室に入った乙が、意識がなく呼吸が停止しているVを発見し、直ちに、Bらによる救命措置が講じられたが、午後3時50分にVの死亡が確認された。

Vの死因は、肺炎によるものではなく、D薬を投与されたことに基づく急性アレルギー反応による呼吸困難を伴うショック死であった。

また、遅くとも午後2時20分までに、医師、看護師等がVの異変に気付けば、当時のA病院の態勢では直ちに医師等による救命処置が開始可能であって、それによりVは救命されたものと認められたが、Vの異変に気付くのが、それより後になると、Vが救命されたかどうかは明らかでなく、午後2時50分を過ぎると、Vが救命される可能性はほとんどなかったものと認められた。

さらに、本件において、Vに施された救命処置は適切であった。

(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。)

(参考答案)

1. 後述の通り、甲には午後 1 時 50 分頃から午後 1 時 55 分頃までの間で V の生死を運命に委ねることを決めた時点で殺意が認められる。そこで、甲が上記時点から救命可能性が認められる午後 2 時 20 分まで V の容体の異変を乙ら病院関係者に報告しなかったという不作為について、殺人罪(刑法 199 条)の成否を検討する。

2. まず、甲の不作為の実行行為性が問題となる。

(1) 予測可能性の保障という罪刑法定主義の要請に照らし、不真正不作為犯の成立には、不作為につき作為との同価値性が要求される。具体的には、①作為義務と②作為の可能性・容易性が必要である。

(2) 確かに、V の看護について第一次的に責任を負うのは、V が入院している A 病院側にある。

しかし、甲は V の妻として民法上の扶助義務(民法 752 条)を負う上、「何か異常があったら、すぐに教えてください」という甲乙間でのやり取りにより乙は甲が V の病室に来ている間の巡回を控えめにしていたのだから、甲は A 病院側から V の看護を一定程度引き受けていたといえる。しかも、甲は、午後 1 時 55 分頃に乙を V の病室に入らせないために、検温表に午後 1 時 50 分の検温結果として虚偽の記入をした上で、看護師詰所に行き、乙に上記の検温表を示しながら「体を拭いたら気持ち良さそうに眠りました。しばらくそっとしておいてもらえませんか。熱は下がり始めているようです。何かあればすぐにお知らせしますから。」と虚偽の説明をすることにより、乙による容体確認を妨害することで、V の生命が甲により排他的に支配される状況を作成している。そうすると、甲は、遅くとも午後 1 時 55 分頃から、V の容体の異状を A 病院側に報告する作為義務を負うというべきである(①)。

そして、甲がナースコールを使うなどして前記の報告を行うことは可能かつ容易だから(②)、不真正不作為犯の成立により、甲の不作為に殺人罪の実行行為性が認められる。

3. 次に、甲は、午後 1 時 55 分頃から、上記作為義務に違反することで不作為による殺人罪の実行行為を行った。

4. そして、V は、D 薬を投与されたことに基づく急性アレルギー反応による呼吸困難を伴うショック死に至っている。では、V 死亡と甲の不作為の間に因果関係があるか。

(1) 不作為犯の条件関係は、仮定的判断を要するから、ある期待された作為がなされていたならば高度の蓋然性をもって結果が回避されたといえる場合に認められると解する。

遅くとも午後 2 時 20 分までに医師・看護師等が V の異変に気が付けば救命措置により V を救命できたのだから、午後 1 時 55 分頃から午後 2 時 20 分までの間に甲が V の異変を乙に報告していれば高度の蓋然性をもって V の救命が可能であったといえる。したがって、不作為犯の条件関係が認められる。

(2) 次に、因果関係が認められるためには、条件関係に加え、行為の危険性が結果へと現実化したことが必要である。

甲の不作為は、D 薬によるアレルギー反応を起こして医師等による救命措置を受けなければ呼吸困難を伴うショック死に至る状況にあった V について、アレルギー反応を起こしていることを A 病院関係者から認識される機会を失わせることを通じて、医師等による救命措置を受ける機会を失わせることでアレルギー反応の悪化により V をショック死させるという危険性を有していた。

そして、甲の不作為と V 死亡の間には、容体確認を怠ったという乙の過失行為が介在しているが、これは甲の不作為の危険性が V 死亡へと現実化するまでの因果の流れを放置するものにすぎないから、甲の不作為の危険性が V 死亡へと現実化したことを否定する事情とはならない。

したがって、甲の不作為の危険性が V 死亡へと現実化したといえ、因果関係が認められる。

5. では、殺意（38 条 1 項本文）はあるか。

(1) 故意とは、構成要件該当事実の認識・認容をいう。

(2) 甲は、数年前に V が「D 薬」に対するアレルギー反応を起こし、医師の救命措置により V が一命を取り留めたという経緯を直接見ていた経験から、V が再び薬によるアレルギー反応を起こして呼吸困難等に陥っていることが分かり、放置すると手遅れになるおそれがあると思っていたのだから、V を放置することで V が死亡する蓋然性を認識していたといえる。

午後 1 時 50 分頃から午後 1 時 55 分頃までの間において、甲は、上記の認識を持ちながら、事態を事の成り行きに任せ、V の生死を医師等の医療従事者の手にではなく、運命にゆだねることに決め、その結果がどうなろうとその運命に従うことにしたのだから、V が死亡することを認容するに至っていると評価できる。

したがって、殺人罪の故意も認められるから、甲には殺人既遂罪が成立し、甲はこの罪責を負う。 以上

第 3 問

(事案)

甲は、Vに暴行を加えるつもりで、Vに対して布団で鼻口部を圧迫するなどしたところ、Vには重篤な心臓疾患があったため、甲の暴行がそれ自体では人を死亡させる危険を有しないものであったにもかかわらず、Vが死亡した。Vに重篤な心臓疾患があることについては、一般人は認識できず、甲もこれを知らなかった。

(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。)

総まくり 29 頁以下、論証  
集 19 頁以下、老女蒸し布  
団事件参考(最判 S46.6.  
17)

(参考答案)

1. 甲の行為には、不能犯に関する見解によっては殺人罪(刑法 199 条)の実行行為性が認められる余地があるが、暴行を加えるつもりにすぎなかった甲には殺人罪の故意(38 条 1 項本文)がないから、仮に殺人罪の実行行為性が認められるとしても殺人罪は成立しない。

そこで、以下では、甲が V に対して布団で鼻口部を圧迫するなどした行為について傷害致死罪(205 条)の成否を検討する。

2. 「身体を傷害し…た」(205 条)とは、暴行その他の方法により相手方の生理機能を障害することを意味する。

甲は、上記暴行により V の重篤な心臓疾患と相まって V を死亡させた原因となる生理機能の障害を惹起しているから、V の「身体を傷害し…た」といえる。

3. V が「死亡」しているところ、甲が上記暴行に「よって」V「を死亡させた」(205 条)といえるか。上記暴行と V 死亡との間には V の重篤な心臓疾患が介在しているため、因果関係の有無が問題となる。

(1) 因果関係には偶発的な結果を排除して適正な帰責範囲を確定する機能があるから、因果関係が認められるためには、条件関係に加えて法的因果関係も認められる必要がある。

(2) 甲が V に上記暴行を加えたところ、V には重篤な心臓疾患があったため、V が死亡している。そのため、甲の上記暴行がなければ V が死亡することもなかったのだから、条件関係が認められる。

(3) では、法的因果関係はどうか。

ア. 法的因果関係に関する見解のうち、行為時において一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を判断資料として相当因果関係を判断する見解からは、V の心臓疾患については、一般人は認識できず、甲も知らなかったため、相当性の判断資料から除外される。そして、甲の上記暴行がそれ自体では人を死亡させる危険を有するものではなかったことから、V の心臓疾患を判断資料に含めない以上、甲の上記暴行により V が死亡するという因果経過に経験的通常性は認められないため、相当因果関係が否定される。

イ. しかし、適正な帰責範囲を確定するという法的因果関係の役割に照らせば、法的因果関係の存否は行為の危険性が結果へと現実化したかで判断し、ここでいう行為の危険性は行為時に存在した全事情を基礎として客観的に判断されると解すべきである。

甲の上記暴行には、暴行時に存在していた V の重篤な心臓

疾患と相まって V を死亡させる危険があったといえ、この危険性が V 死亡へと現実化したのだから、法的因果関係が認められる。したがって、甲が上記暴行に「よって」V「を死亡させた」といえる。

4. 傷害致死罪は二重の意味での結果的加重犯であるから、本罪の故意としては暴行罪（208条）の故意だけで足りる。

V に暴行を加えるつもりだった甲には暴行罪の故意があるから、傷害致死罪の故意が認められる。

5. 以上より、甲には傷害致死罪が成立し、甲はこの罪責を負う。

以上



#### 第 4 問

(事案)

甲は、ある日の午後 8 時頃から午後 9 時までの間、V の頭部等を多数回殴打するなどの暴行を加えた結果、恐怖心による心理的圧迫等によって、V の血圧を上昇させ、内因性高血圧性橋脳出血を発生させて意識消失状態に陥らせた後、同人を放置してその場から立ち去った。

その後、V は、何者かによって角材でその頭頂部を数回殴打されたことにより、既に発生していた内因性高血圧性橋脳出血を拡大させ、幾分か死期が早められ、死亡した。

なお、甲には V を死亡させることについての認識がなかったものとする。

(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。)

総まくり 29 頁以下、論証  
集 19 頁以下、大阪南港事  
件参考 (最決 H2.11.20・百  
I 10)

(参考答案)

1. 甲が V に対して頭部等を多数殴打するなどの暴行を加えた行為について V に対する傷害致死罪(刑法 205 条)の成否を検討する。

2. 「身体を傷害し…た」(205 条)とは、暴行その他の方法により相手方の生理機能を障害することを意味する。

甲は、上記暴行により V の内因性高血圧性橋脳出血(以下「本件出血」という。)を惹起したのだから、V の「身体を傷害し…た」といえる。

3. V が「死亡」しているところ、甲が上記暴行に「よって」V「を死亡させた」(205 条)といえるか。上記暴行と V 死亡との間には何者かが角材で V の頭頂部を数回殴打したという第三者による暴行(以下「第三者暴行」という。)が介在しているため、因果関係の有無が問題となる。

(1) 因果関係には偶発的な結果を排除して適正な帰責範囲を確定する機能があるから、因果関係が認められるためには、条件関係に加えて法的因果関係も認められる必要がある。

(2) 甲が V に上記暴行を加えなければ、V が本件出血を起こして意識喪失状態に陥り、第三者暴行を受けて本件出血を拡大させて死亡することにはならなかったから、甲の上記暴行がなければ V は死亡しなかったといえ、条件関係が認められる。

(3) では、法的因果関係はどうか。

ア. 法的因果関係については、その行為からその結果が発生することの経験的通常性を基準として判断する相当因果関係説がある。

相当因果関係説の内部では、経験的通常性の判断基底の範囲について、行為時に行為者が認識・予見した事情及び認識・予見し得た事情とする主観説、行為時に存在した全事情及び行為後に生じた客観的に予見可能な事情とする客観説、並びに行為時に一般人が認識・予見し得た事情及び行為者が特に認識・予見していた事情とする折衷説が対立している。

本問では、第三者暴行によって甲の暴行により既に形成されていた本件出血が拡大されることで、V が幾分が死期を早めて死亡しているから、甲の暴行により死因が形成されていたといえる。他方で、第三者暴行は、異常性の高いものであるために一般人の認識・予見可能性も客観的な予見可能性も認められない上、甲による認識・予見も認められないから、主観説・客観説・折衷説のいずれにおいても、第三者暴行を経験的通常性の判断基底に取り込むことができない。

このように、甲の行為によって被害者の死因が形成されて

いるものの、その死因を悪化させて死期を幾分か早めて被害者を死亡させるに至った第三者暴行を判断基底に取り込むことができないという場合においては、経験的通常性を問題とする因果経過を「甲の暴行、第三者暴行、本件出血の拡大により幾分か早められた V の死亡」という現実に存在するものとして捉える見解からは、甲の暴行と V 死亡の間に介在して V 死亡に対して因果的に寄与している第三者暴行を判断基底に取り込むことができない以上、因果経過の経験的通常性が否定され、相当因果関係は認められないことになる。これこそがまさに相当因果関係説が抱えている問題点である。

イ．行為者の行為の結果発生に対する寄与度が大きい一方で介在事情の寄与度が小さいにもかかわらず、法的因果関係が否定されるのは妥当でない。適正な帰責範囲を確定するためには、介在事情の寄与度も考慮すべきである。そこで、法的因果関係の存否は、行為の危険性が結果へと現実化したかで判断し、その際には介在事情の異常性と結果への寄与度が考慮されると解すべきである。

甲の暴行が V 死亡の死因となった本件出血を形成している一方で、第三者暴行は本件出血を拡大することを通じて V の死期を幾分か早めたにすぎないため、第三者暴行の V 死亡に対する寄与度は微弱である。そうすると、第三者暴行の異常性が高いことを考慮しても、甲の暴行にはこれにより形成された本件出血を原因として V を死亡させる危険があり、この危険性が V 死亡へと現実化したといえるから、法的因果関係が認められる。

したがって、甲は上記暴行に「よって」V「を死亡させた」といえる。

4．傷害致死罪は二重の意味での結果的加重犯であるから、本罪の故意としては暴行罪（208条）の故意だけで足りる。

甲には少なくとも暴行罪の故意はあるから、傷害致死罪の故意が認められる。

5．以上より、甲には傷害致死罪が成立し、甲はこの罪責を負う。

以上



第 5 問

(事案)

甲は、深夜、V に対し、公園において、約 1 時間にわたり間断なく極めて激しい暴行を加え続けた。

V は、隙を見て上記公園から逃走したが、甲に対し極度の恐怖感を抱き、逃走開始から約 10 分後、甲による追跡から逃れるため、上記公園から約 800 メートル離れた高速道路に進入し、疾走してきた自動車に衝突され、後続の自動車に轢過されて死亡した。

(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。)

総まくり 29 頁以下、論証  
集 19 頁以下、高速道路侵  
入事件参考(最決 H15.7.16  
・百 I 13)

(参考答案)

1. 甲が V に対して約 1 時間にわたり間断なく極めて激しい暴行を加え続けた行為について、傷害致死罪(刑法 205 条)の成否を検討する。

2. 甲が上記暴行を行い、V が自動車に衝突されて後続車両に轢過されて「死亡」しているところ、両者間には V が高速道路に侵入したという被害者の行為が介在しているため、甲が「人の身体を傷害し、よって人を死亡させた」といえるか、すなわち因果関係の有無が問題となる。

(1) 因果関係には偶発的な結果を排除して適正な帰責範囲を確定する機能があるから、因果関係が認められるためには、条件関係に加えて法的因果関係も認められる必要がある。

(2) 甲が V に上記暴行を加えなければ、V が逃走を図って高速道路に侵入して自動車に衝突されて後続車両に轢過されて死亡することもなかったのだから、条件関係が認められる。

(3) では、法的因果関係はどうか。

ア. 法的因果関係の存否は、行為の危険性が結果へと現実化したかで判断し、その際には介在事情の異常性と結果への寄与度が考慮されると解すべきである

イ. V 死亡の直接的原因は高速道路で自動車に衝突されて後続車両に轢過されたことであり、甲の暴行によって死因が形成されたわけではないから、甲の暴行自体の危険性が V 死亡へと現実したとはいえない。もっとも、甲の暴行には V 死亡の直接的原因となった V による高速道路への侵入をもたらす危険性があったといえるのであれば、その危険性が V 死亡へと現実化したといえ、法的因果関係が認められる。

確かに、V による高速道路への侵入は、それ自体として極めて危険な行為である。しかし、V は、甲から約 1 時間もの長時間にわたって激しくかつ執拗な暴行を受け、甲に対する極度の恐怖心を抱いていた。そのため、暴行から高速道路侵入までの間に約 10 分間、約 800m という時間的・場所的間隔があったとしても、V が逃走の過程で高速道路に侵入した行為は、甲の暴行に強く影響・支配されていたといえる。そうすると、V による高速道路への侵入は、甲の暴行から逃れるためにとっさに選択した行動であるといえ、甲の暴行から逃れる方法として著しく不自然・不相当であったとはいえない。したがって、V による高速道路への侵入は甲の暴行に起因するといえるから、甲の暴行には、V による高速道路への侵入を経由して衝突事故を原因とする V 死亡を発生させる危険性があったといえる。

よって、上記の意味における甲の暴行の危険性が V 死亡へと現実化したといえ、法的因果関係が認められる。

3. 傷害致死罪は二重の意味での結果的加重犯であるから、本罪の故意としては暴行罪（208条）の故意だけで足りる。

甲には少なくとも暴行罪の故意はあるから、傷害致死罪の故意が認められる。

4. 以上より、甲には傷害致死罪が成立し、甲はこの罪責を負う。

以上



第 6 問

総まくり 43 頁以下、論証

集 24 頁以下

(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。）。

(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。

総まくり 44 頁 [論点 4]、

論証集 25 頁 [論点 4]

総まくり 45 頁 [論点 5]、

論証集 25 頁 [論点 5]

### 3. 罪数

甲は、①Bに対する殺人既遂罪と②A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）として科刑上一罪で処理す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 7 問

総まくり 52 頁以下、論証

集 31 頁以下

(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 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。)

(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

総まくり 52頁 [論点8]、  
論証集 31頁 [論点8]

第 8 問

総まくり 52 頁以下、論証

集 31 頁以下

(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。)

(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

総まくり 53 頁 [論点 9]、  
論証集 32 頁 [論点 9]

第 9 問

総まくり 56 頁以下、論証

集 33 頁以下、平成 22 年司

法試験参考

(事案)

1. A 病院に入院している V が 39 度を超える高熱を出したため、主治医 B は、発熱の原因が必ずしもはっきりしなかったものの、このような場合に通常行われる処置である解熱消炎剤の投与をすることにした。ところが、V は、一般的な解熱消炎剤の「D 薬」に対する強いアレルギー体質で、D 薬による急性のアレルギー反応でショック死する危険があったが、B は、そのことに気が付かず、「D 薬」を点滴で投与することにし、その旨の処方せんを作成して看護師甲に手渡し、「V さんに解熱消炎剤の D 薬を点滴してください。」と指示した。

2. B の指示を受けた甲は、A 病院の薬剤部に行き、B から受け取った前記処方せんを、同部に勤務する薬剤師乙に渡した。

A 病院では、医師作成の処方せんに従って薬剤部の薬剤師が薬を準備することとなっていたが、薬の誤投与は、患者の病状や体質によってはその生命を危険にさらしかねないため、薬剤師において、医師の処方箋が患者の病状や体質に適合するかどうかをチェックする態勢が取られており、かかるチェックを必ずした上で薬を医師・看護師らに提供することとされていた。仮に、医師の処方に疑問があれば、薬剤師は、医師に確認した上で薬を提供することになっていた。

ところが、甲から前記処方せんを受け取った乙は、B の処方に間違いはないものと思い、処方された薬の適否や V のアレルギー体質等の確認も行わずに、D 薬を取り出し、それを点滴に必要な点滴容器や注射針などの器具と一緒に V の名前を記載した袋に入れ、前記処方せんの写しとともに甲に渡した。

3. A 病院では、看護師が点滴その他の投薬をする場合、薬の誤投与を防ぐため、看護師において、薬が医師の処方どおりであるかを処方せんの写しと対照してチェックし、処方や薬に疑問がある場合には、医師や薬剤師に確認すべきこととなっており、その際、患者のアレルギー体質等については、その生命にかかわることから十分に注意することとされ、甲も A 病院の看護師としてこれらの点を熟知していた。

しかし、乙から前記のとおり D 薬などを受け取った甲は、乙がこれまで間違いを犯したことがなく、乙の仕事ぶりを信頼していたことから、乙が V の体質等の確認をしなかったことを全く予想していなかったため、V のアレルギー体質等の確認をすることなく、D 薬を V に投与した。

なお、V が D 薬に対するアレルギー体質を有することは、V の入院当初から V の看護記録にも記入されていた。

4. その結果、Vは、D薬に対する急性アレルギー反応による呼吸困難により死亡した。

(設問)

甲及び乙の罪責について、論じなさい(特別法違反の点は除く。)

(参考答案)

第1. 甲の罪責

甲がD薬をVに投薬した行為について、業務上過失致死罪（刑法211条1項前段）が成立しないか。

1. まず、「業務」とは、人が社会生活上の地位に基づき、反復継続して行う行為であって、他人の生命・身体等に危害を加えるおそれのあるものをいう。

投薬は、甲が看護師という社会生活上の地位に基づき反復継続して行うものである。そして、投薬は、それを誤ればアレルギーショック等により患者の生命・身体に危害を加えるおそれのあるものとして「業務」に当たる。

2. 次に、「必要な注意を怠り」とは過失の意味であり、これは結果予見可能性を前提とした結果回避義務違反をいう。

(1) VがD薬に対するアレルギー体質を有することは、Vの入院当初からVの看護記録にも記入されていたのだから、Vを担当している看護師である甲としても、当然、そのことを認識し得たといえる。また、看護師であれば、患者に対してアレルギー体質を有する薬を投与すると死亡に至る危険性すらあるという医療の基本的知識を当然有しているはずである。したがって、甲は、D薬の投与によりVがアレルギー反応を起こして死亡することを予見できた。

(2) 甲は、VのD薬に対するアレルギー体質の有無を確認していれば、VがD薬に対するアレルギー体質を有することが記入されているVの看護記録を確認することにより薬剤師乙から受け取ったD薬がVの体質に合わないものであることに気が付き、D薬をVに投与することを中止することができたのだから、D薬の投与によりVがアレルギーショックを起こして死亡するという事態を回避できたといえる。したがって、V死亡の結果回避可能性もある。

(3) では、結果回避義務違反は認められるか。甲が乙を信頼してD薬がVの体質に合うかどうかの確認を怠っていることから、信頼の原則により甲の結果回避義務が軽減されるのではないかが問題となる。

ア. 信頼の原則とは、他人の適切な行動に対する信頼が相当といえる場合に、結果回避義務の内容を他人の適切な行動を前提として行動することに軽減するものである。

イ. 甲は、乙がこれまで間違いを犯したことがなく、乙の仕事ぶりを信頼していたことから、乙がVの体質等の確認をしなかったことを全く予想していなかったため、Vのアレルギー体質等の確認を怠った。しかし、A病院では、看護師が点滴

その他の投薬をする場合、薬の誤投与を防ぐため、看護師において、薬が医師の処方どおりであるかを処方せんの写しと対照してチェックし、処方や薬に疑問がある場合には、医師や薬剤師に確認すべきこととなっており、その際、患者のアレルギー体質等については、その生命にかかわることから十分に注意することとされ、甲も A 病院の看護師としてこれらの点を熟知していた。そうすると、甲の上記信頼が相当であるとはいえない。したがって、甲は、「業務上必要な注意」義務として、V のアレルギー体質を確認する義務を負う。にもかかわらず、甲はこれを怠ったのだから、結果回避義務違反による過失が認められ、「業務上必要な注意を怠り」といえる。

3. 甲は、上記過失により V に D 薬を投与したところ、V が D 薬に対する急性アレルギー反応による呼吸困難により死亡したのだから、「業務上必要な注意を怠り、よって人を死」亡「させた」といえる。

4. よって、甲には業務上過失致死罪が成立する。

## 第 2. 乙の罪責

乙が V のアレルギー体質を確認せずに D 薬を甲に渡した行為について、業務上過失致死罪が成立するか。

1. 乙が薬を甲に渡す行為は、乙が薬剤師という社会生活上の地位に基づき反復継続して行うものであるうえ、薬の誤投与により生命・身体に危害を加えるおそれのあるものとして「業務」に当たる。

2. 次に、乙の過失を検討する。

(1) 乙は、D 薬に対するアレルギーに関する医学的知識を有していたのだから、V に D 薬が投与された場合に V がアレルギー反応を起こして死亡することを予見できた。

(2) 乙は、V のアレルギー体質を確認していれば、V が D 薬に対するアレルギー体質を有することが記入されている V の看護記録を見るなどして V が D 薬に対するアレルギー体質を有していることを認識することを通じて、D 薬の投与を指示する医師 B の処方が V の体質に適合しないことにも気が付けたのだから、甲に対して D 薬を渡すことにはならなかった。そうすると、甲が乙から D 薬を渡されて V に投与することにより、V が死亡することにもならなかったから、結果回避可能性が認められる。

(3) では、結果回避義務違反は認められるか。乙が医師 B を信頼して処方された薬の適否や V のアレルギー体質等の確認を怠っていることから、信頼の原則により乙の結果回避義務が軽減

されるのではないかが問題となる。

確かに、乙は、Bの処方間違いはないものと思い、Bの処方信頼している。しかし、A病院では、薬の誤投与は、患者の病状や体質によってはその生命を危険にさらしかねないため、薬剤師において、医師の処方患者の病状や体質に適合するかどうかをチェックする態勢が取られており、かかるチェックを必ずした上で薬を医師・看護師らに提供することとされていた。そうすると、乙の上記信頼が相当であるとはいえない。したがって、乙は、「業務上必要な注意」義務として、Vのアレルギー体質を確認する義務を負う。にもかかわらず、乙はこれを怠ったのだから、結果回避義務違反による過失が認められ、「業務上必要な注意を怠り」といえる。

3. では、因果関係はあるか。乙の過失行為とV死亡の間に甲の過失行為（前記第1・2参照）が介在しているため問題となる。

(1) 因果関係の存否は、行為の危険性が結果へと現実化したかで判断し、その際には介在事情の異常性と結果への寄与度が考慮される。

(2) 甲が誤ってD薬を投与したという過失行為は、V死亡に向けた因果の流れを設定するものであり、V死亡の直接的原因となったものである。しかし、甲の過失行為をもたらしたのは、乙の過失行為である。そうすると、乙の過失行為は、V死亡の直接的原因である甲によるD薬の投与をもたらす危険性を有していたといえ、その危険性がV死亡へと現実化したのだから、因果関係が認められる。

4. したがって、乙には、「業務上必要な注意を怠り、よって人を死」亡「させた者」として、業務上過失致死罪が成立する。

### 第3. 過失犯の共同正犯

本問では、理論上、過失犯の共同正犯（60条）も問題となり得る。

しかし、過失犯の共同正犯は、個々の過失行為と結果との直接的な因果関係の証明ができないために、過失単独犯としては処罰しえない事例において、一部実行全部責任の原則（60条）により単独犯の場合よりも因果関係の範囲が拡張されている共同正犯を用いて、過失犯として処罰できるというところに実益がある。

本問では、甲と乙の双方について単独犯として業務上過失致死罪の成立を認めることができているから、過失犯の共同正犯を論じる実益はない。

以上



第 10 問

総まくり 68 頁以下、論証

集 37 頁以下

(事案)

甲と、友人である乙及び丙との間で、甲が運転する自動車を乙が運転し丙が同乗する自動車に故意に追突させ、これを甲の過失により生じた交通事故であるかのように装って、もともと身体障害を有していた丙に保険金の支払請求をさせるという、自動車事故を装った保険金詐欺について計画した。なお、同計画において、乙と丙はある程度の傷害を負うことはやむを得ないとして了承しており、甲もそのことを認識していた。

その後、甲は、上記計画に基づいて、交差点に停車している乙が運転し丙が同乗する自動車に追突したところ、これにより乙が加療 1 か月を要する頸椎捻挫等を負った。なお、偶然にも丙は何らの負傷もしなかった。

(設問)

甲の罪責について、乙に対する傷害罪に絞って論じなさい（共犯の点は除く。）。

(参考答案)

1. 「人の身体を傷害した」(刑法 204 条)とは、暴行その他の行為により人の生理機能を障害したことをいう。

甲は、交差点に停車している乙が運転し丙が同乗する自動車に追突するという有形力の行使による暴行を行い、これにより乙が加療 1 か月を要する頸椎捻挫等を負い生理機能を障害されたのだから、「人の身体を傷害した者」に当たる。

2. 三者間の計画では、乙はある程度の傷害を負うことはやむを得ないとして了承しており、甲もそのことを認識していたのだから、甲は、少なくとも傷害の惹起について未必的認識と消極的認容を有している。したがって、傷害罪の故意(38 条 1 項本文)が認められる。

3. 以上の通り、甲は傷害罪の構成要件に該当する。もっとも、乙は、保険金詐欺の計画を遂行する際の自動車での追突によりある程度の傷害を負うことについて了承しているのだから、前記 1 の傷害については被害者である乙の承諾があったといえる。そこで、乙の承諾により違法性が阻却されるかが問題となる。

(1) 違法性の実質を法益侵害性だけに求める結果無価値論からは、法益主体である被害者が法益侵害の結果について承諾することにより、当該法益の要保護性が失われ、法益主体の意思に沿った結果については法益侵害性が失われることを根拠にして、違法性阻却が認められる。結果無価値論からは、生じた法益侵害の結果について被害者の承諾があれば原則として違法性阻却が認められるから、承諾の動機が保険金詐欺という違法なものである本問においても、違法性阻却が認められる。

しかし、刑法の任務には社会倫理秩序維持も含まれ、違法性の実質は社会的相当性を逸脱した法益侵害又はその危険であると解すべきである。そこで、被害者の承諾に基づく構成要件的行為は、社会的相当性があれば違法性が阻却されると解すべきこととなる。社会的相当性は、①承諾を得た動機・目的、②行為の手段・方法、③法益侵害性の内容・程度などを考慮して判断される。

(2) 確かに、惹起された傷害結果は加療 1 か月を要する頸椎捻挫等であるから、重大な傷害であるとはいえない(①)。しかし、甲の構成要件的行為は、自動車で乙と丙が乗っている停車中の自動車に追突するものであり、乙らに重大な傷害を負わせたり、他の自動車との事故まで惹起する危険もあったという意味で、危険性の高い行為である(②)。しかも、甲が乙から承諾を得た動機は、自動車事故を装った保険金詐欺という保険会社に対する詐欺罪(246 条 1 項)を内容とする違法なものである

総まくり 68 頁 [論点 1]、  
論証集 37 頁 [論点 1]

(①)。そうすると、甲の行為には社会的相当性があるとはいえないから、違法性阻却は認められない。

4. したがって、甲には乙に対する傷害罪が成立する。 以上



第 11 問

総まくり 68 頁以下、論証

集 37 頁以下

(事案)

甲は、友人である V に対し、実際には金銭を支払う意思がないにもかかわらず、「50 万円を支払うから、V を殴って怪我をさせてほしい。」と頼み、V は、お金に困っていたことから、「分かった。」と返事をした。

甲は、V に対して、その顔面や腹部を殴る蹴るなどし、これにより V が顔面と腹部を打撲した。

(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。)

(参考答案)

1. 「人の身体を傷害した」(刑法 204 条)とは、暴行その他の行為により人の生理機能を障害したことをいう。

甲は、V に対して、その顔面や腹部に殴る蹴るなどの暴行を加え、これにより V が顔面と腹部を打撲して生理機能を障害された。したがって、甲は、「人の身体を傷害した者」に当たる。

2. 甲は、V に対して「V を殴って怪我をさせてほしい。」と頼み、その承諾を得た上で上記行為に及んでいるから、上記行為による V を傷害することについて認識・認識があり、傷害罪の故意(38 条 1 項本文)も認められる。

3. 甲は、V に対して、「50 万円を支払うから、V を殴って怪我をさせてほしい。」と頼み、V から「分かった。」という承諾を得ているため、前記 1 の傷害について V の承諾があるといえる。そうすると、甲の構成要件的行為について、被害者の承諾を根拠として違法性が阻却される余地がある。

もっとも、被害者の承諾は有効なものである必要があるところ、甲には実際に V に対して 50 万円を支払う意思がなかったのだから、V には承諾について動機の錯誤がある。そこで、動機の錯誤が被害者の承諾を無効ならしめるかが問題となる。

(1) 確かに、構成要件の保護法益の転換にならないよう、法益関係の錯誤に限り同意を無効ならしめるとする見解もある(法益関係的錯誤説)。

V は、傷害を負うことに対する対価として 50 万円の支払いを受けることができるかという点について錯誤があるにすぎず、侵害される傷害罪の保護法益である身体の安全については何ら錯誤に陥っていないから、法益関係的錯誤は認められない。そうすると、上記の見解からは V の承諾は有効である。

(2) しかし、錯誤に陥った事柄に被害者が与えた重要性も無視できないから、錯誤と承諾の間に条件関係がある限り、承諾は真意に沿わない重大な瑕疵ある意思として無効であると解する(条件関係的錯誤説)。

V は、お金に困っていたことから「分かった」と返事をしているのだから、50 万の支払いがないなら承諾をしていなかったといえる。そうすると、V は上記の錯誤に陥っていなければ承諾をしていなかったという条件関係が認められるため、V の承諾は真意に沿わない重大な瑕疵ある意思として無効である。

したがって、甲の行為が V の承諾を根拠として違法性が阻却されることはない。

4. よって、甲には V に対する傷害罪が成立する。

総まくり 69 頁 [論点 2]、  
論証集 37 頁 [論点 2]

第 1 2 問

総まくり 75 頁以下、論証

集 41 頁以下、平成 18 年司

法試験参考

(事案)

1. 甲は、現在 30 歳の男性であり、乙及び丙とともに、T 株式会社に雇用されて配送課所属のトラック運転手として働いており、会社の独身寮に住んでいる。

乙は、甲の同僚で、甲と同じ寮の 1 階に住んでいる現在 28 歳の男性である。1 年ほど前、甲と乙がつかみ合いの大げんかをしたことがあり、身長 165 センチメートルの甲に比べ、乙は身長 180 センチメートルくらいあり、体力的に甲より勝っていた上に、柔道の経験があったため、甲は乙に組み伏せられた。甲と乙は、これ以外にも、何度かけんかをしたことがある。

丙も、甲と同じ寮の 1 階に住む仕事仲間であり、現在 28 歳の男性で、その身長は約 170 センチメートルで、体力的に甲より勝っている。

2. ある日の午後 6 時ごろから、飲食店で配送課の懇親会があり、懇親会が終わりかけたとき、甲と乙はけんかになり、甲は乙に顔面をこぶしで殴られ、畳の上に身体を押しえ付けられた。この場合は、配送課長の丁が仲裁に入ったことにより、収まった。甲は、丁に「ひと足先に帰宅した方がよい。」と言われたため、懇親会が終わる前に一人で帰った。

3. 甲は、午後 8 時ごろタクシーで帰宅し、その後、寮 2 階の自分の部屋でテレビを見ていたところ、午後 9 時前ごろになって、乙と丙が談笑する声が寮の前の路上から聞こえてきた。甲は、乙の笑い声を耳にして怒りが込み上げ、自室のベランダに飛び出して、路上にいた乙らに対し「さっきは何で殴ったんだ。謝れ。」と怒鳴りつけた。すると、乙は「ふざけるな。謝ってほしければ下に降りて来い。」と怒鳴り返してきた。また、乙と一緒にいた丙も「さっさと降りて来い。」と大声で言い返してきた。

甲は、謝るところか逆に甲をばかにしたような乙と丙の態度を見て、怒りを抑えきれなくなり、寮 1 階まで降りて行き、玄関前の路上に出た。このとき、甲は、乙らは路上で騒いでいるだけで、乙らの方から寮 2 階の甲の部屋に押し掛けてくることはないが、甲が降りて行けば、乙らとけんかになるに違いないと思っていた。しかし、甲は、頭に血が上っていたため、自分を抑えることができなかった。そして、乙らは凶器になるような物を持っている様子はなかったが、いずれも甲より体力的に勝っていた上、複数いたので、けんかになれば素手ではやられてしまうと思い、部屋に置いてあった長さ約 85 センチメートルの木製バットを持ち、部屋を出た。

4. 甲は、寮の玄関前の路上に降りて行ったが、案の定、乙は「でかい顔するな。」と罵声を浴びせながら、甲の胸ぐらをつかんだ。甲は、バットを左手に持ったまま、右手で乙の胸ぐらをつかみ返したところ、丙は「この野郎。」と言いながら、横から甲の肩をつかんできた。甲は、丙の方に身体を向けたが、背後から乙に羽交い締めをされ、丙に顔面をこぶしで1回殴られた。甲は、乙の腕を振り払ったが、乙に加勢した丙に対し非常に腹が立ったため、右手にバットを持ち換えて、目の前にいた丙の肩付近を目掛けて思い切り振り回した。すると、バットが丙の左腕に当たり、丙は加療約2週間を要する左上腕部打撲の怪我をした。

(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。)

(参考答案)

1. 甲がバットを振り回し、丙の左肩にバットを当てたことについて、傷害罪（刑法 204 条）が成立するか。
2. 甲は、上記暴行により丙に加療約 2 週間を要する左上腕部打撲という生理機能障害を負わせているから、丙の「身体を傷害した」といえる。そして、乙に加勢した丙に対し非常に腹が立ったため、丙の肩付近を目掛けてバットを思い切り振り回したという暴行の動機・態様から、甲には振り回したバットが丙の身体に接触することの認識・認容があったといえるため、暴行の故意もあり、暴行罪の結果的加重犯である傷害罪の構成要件該当性が認められる。
3. では、甲に正当防衛（36 条 1 項）が成立しないか。

(1) 甲は乙に羽交い絞めにされ、丙に顔面をこぶしで 1 回殴られているから、甲の暴行当時、乙と丙による甲の身体の安全に対する侵害が現に存在していたといえる。もっとも、甲がこれらの侵害を予期していたため、侵害の「急迫」性が否定されないか。

ア。「急迫」性は、私人の対抗行為が自力救済禁止の例外として許容される緊急状況を表すことを趣旨とする要件である。そこで、行為者が積極的加害意思で侵害に臨んだときなど、対抗行為に出たことが上記趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合に、侵害の「急迫」性が否定されると解する。

イ。確かに、甲は、自分が寮 2 階から降りて行けば乙らとけんかになるに違いないと思い侵害を確定的に予期している上、乙らが自室に押し掛けてくることはないと思っていたのだから、避けることができた侵害にあえて身を投じたとも言い得る。しかも、甲は木製バットを持って部屋を出ており、迎撃の準備もしている。

しかし、侵害者は乙丙 2 名であり甲よりも 1 名多い上、いずれも甲より体力的に勝っていたことから、甲がバットを持って降りて行ったのは、素手では乙丙による侵害行為から自分の身体の安全を守り切ることができないと考えたからであるといえる。しかも、甲が乙らに「…謝れ。」と怒鳴りつけ、乙からの「謝ってほしければ下に降りて来い。」という発言に応じて寮 1 階まで降りていることから、甲が 1 階に降りて行った目的は、乙丙とのけんかではなく、乙に謝らせることにあったといえる。

したがって、甲には、積極的加害意思で侵害に臨んだなど、対抗行為に出たことが同条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない事情は認められないから、乙丙の暴行は「急迫

総まくり 77 頁 [論点 4]、  
論証集 41 頁 [論点 4]

不正の侵害」に当たる。

- (2) 「防衛するため」といえるには防衛の意思が必要であり、専ら攻撃の意思で反撃行為に及んだ場合にはこれが否定されると解する。

確かに、甲は乙に加勢した丙に対し非常に腹が立ちバットを思い切り振り回しているため、攻撃の意思がある。

しかし、甲が乙に謝ってもらうために1階に降りて行ったことと、乙丙による侵害行為が終了していなかったことからすれば、甲は再び行われるであろう乙丙による侵害行為から身を守るためにバットを振り回したのであり、その際、非常に腹が立っていたためにバットを思い切り振り回してしまったにすぎない。

したがって、甲は専ら攻撃の意思で上記行為に及んだのではないから、防衛の意思が認められ、上記行為は「防衛するため」のものといえる。

- (3) 「やむを得ずにした行為」とは、防衛手段の相当性、すなわち防衛手段として必要最小限度の行為を意味する。

確かに、甲が用いた木製バットは長さ約85cm・重さ800gであり、当たり所によっては重大な傷害に至りかねない危険を有するものである。しかし、身長165cmの甲に対し、侵害者は乙丙2名である上、両名はそれぞれ180cm・170cmと甲よりも長身であり、しかも甲よりも若く体力的に勝っている。実際、甲はかつて柔道経験のある乙に組み伏せられたこともある。そのため、乙丙による侵害行為の攻撃力は相当高いから、これを素手による防衛行為により排除することは相当困難である。したがって、木製バットを思い切り振り回す程度の行為であれば、防衛手段として必要最小限度といえ、「やむを得ずにした行為」に当たるといえる。

- (4) よって、正当防衛の成立により違法性が阻却され、傷害罪は成立しない。

総まくり 83 頁 [論点 10]

[論点 11]、論証集 44 頁

[論点 10] [論点 11]

総まくり 84 頁 [論点 12]、

論証集 45 頁 [論点 12]

第 13 問

総まくり 77 頁以下、論証

集 41 頁以下、平成 23 年司

法試験参考

(事案)

1. 甲(35歳、男)は、繁華街周辺まで車を運転し、車道の左側端に同車を駐車した後、友人との待ち合わせ場所に向かって歩道を歩いていた。

その頃、乙(23歳、男)も、同繁華街で適当な居酒屋を探しながら歩いていたところ、歩道を対向して歩いてきた甲と肩が接触した。

甲は、乙と口論になり、興奮のあまり、乙の顔面を右手の拳で1回殴打し、これにより乙は、加療1か月間を要する顔面打撲の怪我をした。

2. 甲は、周囲に多数の通行人が集まり、騒ぎが大きくなってきたので、この場から逃れようと思い、全速力で走って逃げ出した。

乙は、逆上しており、走りながらズボンの後ろポケットに入れていた折り畳み式ナイフ(刃体の長さ約10センチメートル)を取り出し、ナイフの刃を立てて右手に持った状態で、「待ちやがれ。ぶっ殺してやる。」と怒鳴りながら、甲の5、6メートル後ろを走って追い掛けた。

3. 甲は、約300メートル離れた車道上に止めてあった自分の車の近くまで駆け寄り、車の運転席に乗り込み、運転席ドアの鍵を掛け、エンジンをかけて車を発進させた。なお、甲の車は、四輪駆動の車高が高いタイプのものであった。

甲が車を発進させた場所は、片側3車線のアスファルト舗装された道路であり、甲の車の前方には信号機があり、その手前には赤信号のため車が数台止まっていた。

甲は、前方に車が止まっていたので、低速で車を走行させたところ、乙は、走って同車を追い掛け、運転席側ドアの少し開けられていた窓ガラスの上端部分を左手でつかみ、窓ガラスの開いていた部分から右手に持ったナイフを車内に突っ込み、運転席に座っていた甲の頭部や顔面に向けて何度か突き出しながら、「てめえ、やくざ者なめんな。逃げられると思ってんのか。降りてこい。」などと言って甲を車から降りてこさせようとした。

甲は、信号が変わり前方の車がなくなったことから、しつこく車についてくる乙を何とかして振り切ろうと思い、アクセルを踏んで車の速度を上げた。乙は、車の速度が上がるにつれて全速力で走り出したが、次第に走っても車に追い付かないようになったため、運転席側ドアの窓ガラスの上端部分と同ドアのドアミラーの部分を両手でつかみ、運転席側ドアの下にあるス

テップに両足を乗せて車に飛び乗った。その際、乙は、右手で持っていたナイフを車内の運転席シートとドアの間に落としてしまった。なお、甲の車は、四輪駆動の車高が高いタイプのものではあった。甲は、乙がそのような状態にあり、ナイフを車内に落としたことに気付いたものの、乙から逃れるため、「乙が路面に頭などを強く打ち付けられてしまうだろうが、乙を振り落としてしまおう。」と思い、アクセルを更に踏み込んで加速するとともに、ハンドルを左右に急激に切って車を左右に蛇行させ始めた。

乙は、それでも、開いていた運転席側ドア窓ガラスの上端部分を左手でつかみ、右手の拳で窓ガラスをたたきながら、「てめえ、降りてこい。車を止めろ。」などと言っていた。しかし、甲が最初に車を発進させた場所から約250メートル車が進行した地点（甲が車を加速させるとともに蛇行運転を開始した地点から約200メートル進行した地点）で、甲が何回目かにハンドルを急激に左に切って左方向に車を進行させた際、乙は、手で自分の体を支えることができなくなり、車から落下して路上に転倒し、頭部を路面に強打した。その際の車の速度は、時速約50キロメートルに達していた。甲は、乙を車から振り落とした後、そのまま逃走した。

乙は、頭部を路面に強打した結果、頭蓋骨骨折及び脳挫傷等の大怪我を負い、目撃者の通報で臨場した救急車によって病院に搬送され、救命処置を受けて一命を取り留めたものの、意識は回復せず、将来意識を回復する見込みも低いと診断された。

(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。）。

(参考答案)

第1. 乙に対する傷害罪(刑法204条)

1. 「人の身体を傷害した」とは、暴行その他の行為により人の生理機能を障害したことをいう。

甲は、乙の顔面を右手の拳で1回殴打するという暴行により、乙に加療1か月間を要する顔面打撲の怪我という生理機能障害を負わせたのだから、乙の「身体を傷害した」といえる。

2. 上記の暴行の態様からして甲には傷害の故意(38条1項本文)もあることから、傷害罪が成立する。

第2. 乙に対する殺人未遂罪(203条、199条)

1. 甲が車を蛇行運転して乙を振り落した行為は、殺人罪の実行行為に当たるか。

(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をいう。

(2) 甲の行為は、アスファルト舗装された硬い道路に、時速約50kmという猛スピードで走行する車から乙を振り落すものであり、落下時の衝撃は大きい。しかも、甲の車の車高が高いため、落下時の衝撃はさらに大きくなるとともに、頭部という枢要部から落下する確率が高まるともいえる。したがって、乙が頭部を路上に強打し、頭部に脳挫傷等の重大な傷害が発生し、これが原因となって死亡するという現実的危険がある。よって、殺人罪の実行行為に当たる。

2. 甲は上記行為により殺人罪の「実行に着手」(43条本文)したものの、乙が死亡しなかったため「これを遂げなかった」(43条本文)として殺人未遂罪の客観的構成要件に該当する。

3. 甲には、殺人罪の故意(38条1項本文)があるか。

(1) 故意とは、構成要件該当事実の認識及び認容である。

(2) 甲は、道路のアスファルト舗装や自車の車高の高さを認識したうえで、「乙が路上に頭などを強く打ち付けられてしまうだろう」と思っているから、自己の行為により乙が死亡する蓋然性を未必的に認識していた。

にもかかわらず、甲は、「乙を振り落してしまおう」と思い、上記行為に及んだのであるから、乙の死亡について意を介していないといえ、少なくとも乙の死亡について消極的に認容していたといえる。

したがって、殺人罪の故意がある。

4. 甲が乙から「逃げるために」に行為に及んでいるため、正当防衛(36条1項)の成立により違法性が阻却されないか。

(1) 乙はナイフを手を持って甲を追跡し、甲の運転する自動車にしがみついているところ、これは甲の違法な暴行に触発された

ものである。そこで、自招侵害に対する正当防衛の成否が問題となる。

ア. ①被害者の違法行為による侵害行為の招致、②両者の一連一体性、③侵害行為が招致行為の程度を大きく超えないことを要件として、被害者の優越的地位を根拠づける正対不正という正当防衛状況を欠くとして、正当防衛が否定されると解する。

総まくり 77 頁 [論点 1]、

論証集 41 頁 [論点 1]

イ. 確かに、乙は、甲の暴行直後から甲の 5、6m 後ろを走って甲を追いかけ、甲の暴行により逆上して甲の暴行現場から約 300m 離れた地点で甲に追いついているから、乙のナイフによる甲に対する侵害行為は、甲の違法な暴行に触発されたこれと一連一体の自招侵害であるといえる (①、②)。

しかし、乙は、刃体 10 cm もあるナイフを手を持って「ぶっ殺してやる。」と怒鳴っているため、同ナイフで甲を殺害したり重傷を負わせる危険性があった。そうすると、乙の侵害行為は、素手による暴行という甲の自招行為の危険性を大きく超える (③) から、正当防衛状況を欠くとはいえない。

(2) 「急迫不正の侵害」とは、違法な法益侵害が現に存在し、又は間近に押し迫っていることを意味する。少なくとも乙がナイフを甲の自動車内に落とすまでは、甲の生命・身体の安全に対する侵害が現に存在し又は間近に押し迫っていたとして「急迫不正の侵害」が認められる。それでは、乙が車内にナイフを落としたことにより侵害の急迫性が失われることになるか。

ア. 侵害行為が一時中断した場合における急迫不正の侵害の継続性は、再度の攻撃可能性と加害意思の有無・程度等から判断するべきである。

総まくり 78 頁 [論点 5]、

論証集 42 頁 [論点 5]

イ. 乙は甲の支配領域たる車内にナイフを落としているところ、これは乙の意思に基づくものではない。実際に、車のステップに両足を乗せた状態で右手の拳で窓ガラスを叩きながら「てめえ、降りてこい。」などと言っていることから、乙の加害の意欲はおう盛かつ強固であったといえる。しかも、乙が運転席側ドアの窓ガラスの上端部分を掴んでいることから、車内に手を差し込むことで甲の運転を妨害するなどの攻撃に及ぶことも可能であったといえる。

したがって、乙による甲の生命・身体の安全に対する「急迫不正の侵害」が継続していたといえる。

(3) 「防衛するため」といえるには防衛の意思が必要であり、専ら攻撃の意思で反撃行為に及んだ場合にはこれが否定されると解する。

総まくり 83 頁 [論点 10]

[論点 11]、論証集 44 頁

[論点 10] [論点 11]

甲は、危険性を認識しながらあえて振り落とし行為に及んで

いるが、これは、乙がナイフを持っている状態で「ぶっ殺してやる。」と怒鳴りながら追いかけられた上に自分が乗っている車に飛び乗ってきたことにより心理的に動揺している状態で「乙から逃れるため」のとっさの判断としての意思決定によるものであるから、そもそも攻撃の意思があるとは評価できない。したがって、防衛の意思がある。

(4)「やむを得ずにした行為」とは、防衛手段の相当性、すなわち防衛手段として必要最小限度の行為を意味する。

総まくり 84 頁 [論点 12]、

論証集 45 頁 [論点 12]

甲の振り落とし行為は、乙が将来意識を回復する見込みが低いことから、極めて危険な行為であったといえる。他方で、乙がナイフを車内に落としていたことにより、乙の侵害行為の危険性は相当減退していたのであるから、甲としては、低速度での運転により交番まで行き助けを求める等のより危険性の小さい防衛手段を選択できたといえる。

したがって、甲の振り落とし行為は、防衛手段として必要最小限度とはいえず、「やむを得ずにした行為」に当たらない。

よって、正当防衛の成立による違法性阻却は認められない。

5. 以上より、甲には殺人未遂罪が成立し、過剰防衛(36条2項)として任意的減免を受け得るにとどまる。

### 第3. 罪数

甲は、①乙に対する傷害罪、②乙に対する殺人未遂罪の罪責を負い、①・②は同一機会における同一被害者に対する同じ犯罪意思の表われとして行われたものであるから包括して一個の殺人未遂罪となる。

以上



第 1 4 問

総まくり 77 頁以下、論証

集 41 頁以下、平成 23 年司

法試験参考

(事案)

1. 甲(35歳、男)は、ある夏の日の夜、A県B市内の繁華街の飲食店にいる友人を迎えに行くため、同繁華街周辺まで車を運転し、車道の左側端に同車を駐車した後、友人との待ち合わせ場所に向かって歩道を歩いていた。

その頃、乙(23歳、男)は、丙(22歳、男)と一緒に、二人で酒を飲むため、同繁華街で適当な居酒屋を探しながら歩いていたところ、歩道を対向して歩いてきた甲と肩が接触した。

甲は、乙と口論になり、興奮のあまり、乙の腹部を右手の拳で1回殴打し、さらに、腹部の痛みでしゃがみ込んだ乙の髪の毛をつかんだ上、その顔面を右膝で3回、立て続けに蹴った。これにより、乙は、前歯を2本折るとともに口の中から出血し、加療約1か月間を要する上顎左側中切歯・側切歯歯牙破折及び顔面打撲等の怪我をした。

丙は、乙が甲に殴られた上で膝で蹴られる場面を見ており、「助けてくれ。」という乙からの申し出に対して「分かった。」と返答し、甲に背後から近寄り、甲の後ろからその腰背部付近を右足で2回蹴った。

乙は、甲にやられた仕返しをしてやろうと思う一方で、甲が丙に殴りかかろうとしている様子を見て丙を助けなければならぬと思い、甲の頭部を右手の拳で2回殴打した。

甲は、乙及び丙による上記一連の暴行により、加療約2週間を要する頭部打撲及び腰背部打撲等の怪我をした。

2. 甲は、二人組の相手に前後から挟まれ、形勢が不利になった上、周囲に多数の通行人が集まり、騒ぎが大きくなってきたので、この場から逃げようと思い、全速力で走って逃げ出した。

乙は、「待て。逃げんのか。」などと怒鳴りながら、甲の5、6メートル後ろを走って追い掛けた。

丙は、乙が興奮すると何をするか分からないと知っていたので、逃げ出した甲を乙が追い掛けていくのを見て心配になり、少し遅れて二人を追い掛けた。

乙は、多数の通行人が見ている場所で甲からやられたことで面子を潰されたと思って逆上しており、甲を痛めつけてやらなければ気持ちがおさまらないと思い、走りながらズボンの後ろポケットに入れていた折り畳み式ナイフ(刃体の長さ約10センチメートル)を取り出し、ナイフの刃を立てて右手に持った。

乙の後方を走っていた丙は、乙がナイフを右手に持っているのを見て、乙が甲に対して大怪我をさせるのではないかなどと

不安になり、走りながら、「やめとけ。ナイフなんかしまえ。」と何度か叫んだ。

甲は、約300メートル離れた車道上に止めてあった自分の車の近くまで駆け寄り、車の鍵を取り出し、左手に持った鍵を運転席側ドアの鍵穴に差し込んだ。

乙は、甲に追い付き、その左手付近を目掛けてナイフで切りかかった。甲は左前腕部を切り付けられて左前腕部に加療約3週間を要する切創を負った。

その頃、甲と乙を追い掛けてきた丙は、乙が甲に切りかかったのを見て、乙を制止するため、乙の後ろから両肩をつかんで強く後方に引っ張り、乙を甲から引き離れた。

(設問)

乙及び丙の罪責について、論じなさい(特別法違反の点は除く。)

(参考答案)

第1. 暴行による傷害罪の共同正犯(刑法60条、204条)

1. 「共同して犯罪を実行した」とは、共謀に基づく実行行為を意味する。

(1) 丙は、「助けてくれ。」という乙からの申し出に対して「分かった。」と返答し、甲に背後から近寄り、甲の後ろからその腰背部付近を右足で2回蹴った。両者間のやり取りにより、乙と丙は、甲に暴行を加えることについて共謀したといえる。

(2) この共謀に基づき、丙は甲の後ろからその腰背部付近を右足で2回蹴ったことにより甲に加療約2週間を要する腰背部打撲等の怪我を負わせ、続いて乙は甲の頭部を右手の拳で2回殴打したことにより甲に加療約2週間を要する頭部打撲の怪我を負わせることで、「共同して」(60条)甲の「身体を傷害した」のである。

2. 仮に乙と丙が暴行の限度でのみ共謀をしているにとどまる場合であっても、結果的加重犯の共同正犯も認められると解されているから、乙・丙が暴行罪の共謀に基づく暴行により甲に傷害を負わせたことをもって、暴行罪(208条)の結果的加重犯である傷害罪の共同正犯の構成要件に該当することになる。

3. 上記各暴行は、甲の乙に対する暴行から乙を守るために行われたものだから、正当防衛(36条1項)の成立により違法性が阻却されないか。

(1) 「急迫不正の侵害」とは、違法な法益侵害が現に存在し、又は間近に押し迫っていることを意味する。

丙の暴行の直前に、甲が、乙に対して、その腹部を右手の拳で1回殴打し、さらに、腹部の痛みでしゃがみ込んだ乙の髪の毛をつかんだ上、その顔面を右膝で3回、立て続けに蹴るという暴行を行い、乙に複数の傷害を負わせている。また、乙の暴行の直前に、甲が丙に殴りかかろうとしていた。したがって、甲の暴行による乙・丙の身体に対する侵害行為が現に存在していたといえ、「急迫不正の侵害」が認められる。

(2) 「防衛するため」といえるには防衛の意思が必要であり、専ら攻撃の意思で反撃行為に及んだ場合にはこれが否定されると解する。

乙は、甲にやられた仕返しをしてやろうと思っており攻撃の意思も有する一方で、甲が丙に殴りかかろうとしている様子を見て丙を助けなければならないと思い防衛の意思も有していたのだから、防衛の意思が攻撃の意思に食い尽くされていたとはいえない。したがって、乙は、専ら攻撃の意思で暴行に及んだとはいえず、防衛の意思が認められる。

総まくり 83頁 [論点 10]

[論点 11]、論証集 44頁

[論点 10] [論点 11]

丙にも防衛の意思が認められるから、上記各暴行は「防衛のため」に行われたといえる。

- (3) 「やむを得ずにした行為」とは、防衛手段の相当性を意味する。そして、共同正犯者については、全員の行為を対象として判断される。

上記各暴行は、甲1名に対し乙・丙2名により行われているものの、甲が乙に対して顔面を3回蹴るという危険性の高い暴行まで行っていたことと、丙から蹴られた後も怯むことなく丙に殴りかかろうとしていたことから、実質的には武器対等であったといえる、したがって、乙・丙の暴行は、防衛手段として相当なものとして「やむを得ずにした行為」に当たる。

- (4) したがって、正当防衛の成立により違法性が阻却され、前記1の傷害罪の共同正犯は成立しない。

## 第2. ナイフでの切り付けによる傷害罪

### 1. 乙について

- (1) 乙は、甲の左手付近を目掛けているのだから、殺人罪の故意はなく、殺人未遂罪は成立し得ない。他方で、乙は、甲の左前腕部をナイフで切り付けて左前腕部に加療約3週間を要する切創を負わせているから、甲の「身体を傷害した」として傷害罪の構成要件に該当する。

- (2) 上記行為の時点では、甲が乙・丙から逃げ出して現場から約300m離れた地点まできていたのだから、甲による「急迫不正の侵害」は終了していた。では、第1の暴行と第2の切り付け行為とを一個の過剰防衛として評価できないか。

ア. ①時間的・場所的近接性、②侵害の継続性、③防衛の意思の有無等からみて、「急迫不正の侵害」終了後の過剰な反撃行為と正当防衛の成立要件をみたす先行する反撃行為との間に一体性が認められれば、責任減少という過剰防衛の根拠が妥当するから、全体的考察により両者は一個の過剰防衛になると解する。

イ. 乙の切り付け行為は、第1の反撃行為と時間的・場所的近接性がある(①)ものの、甲が逃げるだけで侵害の急迫性が明らかに終了している状況下(②)で、「甲を痛めつけてやらなければ気がおさまらない」との思いに基づき専ら攻撃の意思で行われたものである(③)から、第1の反撃行為との一連一体性が認められず、過剰防衛とはならない。

- (3) したがって、傷害罪が成立し、任意的減免もない。

### 2. 丙について

- (1) 反撃行為の共同実行後に共謀者の一部が追撃行為に及んだ場合には、当初の共謀の因果性が追撃行為に及んでいるのであれ

総まくり 86 頁 [論点 13]、

論証集 45 頁 [論点 13]

総まくり 88 頁 [論点 1]、

論証集 46 頁 [論点 1]

総まくり 145 頁 [論点 17]、

論証集 75 頁 [論点 17]

ば共謀からの離脱が問題となり、因果性が及んでいないのであれば新たな共謀がない限り残余者は追撃行為について責任を負わないと解する。そして、共謀の因果性は、客観的事情と主観的事情の双方を考慮して判断すべきである。

- (2) 第1の反撃行為は、乙・丙が防衛の意思に基づき甲による急迫不正の侵害に対して行ったものである。これに対し、乙の切り付け行為は、急迫不正の侵害の終了後に、専ら攻撃の意思に基づいて行われたものである。そうすると、第1の反撃行為と第2の切り付け行為とでは、急迫不正の侵害の有無や行為の動機・目的という点で大きく異なるから、第1の反撃行為についての共謀の因果性は第2の切り付け行為には及ばない。

そして、丙は、乙に対し「やめとけ。ナイフなんかしまえ」と何度か言ったうえ、後ろから乙の両肩を掴んで強く後方に引っ張るなどして乙の切り付けを阻止するための行動に終始していたことからしても、乙の切り付け行為について乙丙間で新たな現場共謀が成立したともいえない。

したがって、第2の切り付け行為については、丙は傷害罪の共同正犯とはならない。

### 第3．結論

以上より、乙は第2の傷害罪の罪責を負い、丙は何ら罪責を負わない。 以上



第 15 問

総まくり 90 頁以下、論証  
集 47 頁以下、令和 2 年予  
備試験

(事案)

1. 乙(20歳、男性、身長180センチメートル、体重85キログラム)は、夜中の路上で、風貌が甲(28歳、男性、身長165センチメートル、体重60キログラム)と酷似する後輩の丙と勘違いし、甲に対し、「おい、こんな時間にどこに行くんだ。」と声を掛けた。これに対し、甲は、無言で立ち去ろうとした。これを見た乙は、丙に無視されたと思い込み、甲を追い掛け、「無視すんなよ。こら。」と威圧的に言い、上記路上から約30メートル先の路上において、甲の前に立ち塞がった。乙は、その時、甲が丙でないことに気付くとともに、暴力団員風で見慣れない人物であったことから、その行動を不審に思い、警察に110番通報をしようと考え、着衣のポケットからスマートフォンを取り出した。他方、甲は、乙が取り出したものがスタンガン(高電圧によって相手にショックを与える護身具)であると勘違いし、それまでの乙の態度から、直ちにスタンガンで攻撃され、火傷を負わされたり、意識を失わされたりするのではないかと思い込み、自己の身を守るため、乙に対し、とっさに拳でその顔面を1回殴ったところ、乙は、転倒して路面に頭部を強く打ち付け、急性硬膜下血腫の傷害を負い、そのまま意識を失った。なお、甲は、乙の態度を注視していれば、乙が取り出したものがスマートフォンであり、乙が直ちに自己に暴行を加える意思がないことを容易に認識することができた。
2. 甲は、乙が身動きせず、意識を失っていることを認識したが、乙に対する怒りから、乙に対し、足でその腹部を3回蹴り、乙に加療約1週間を要する腹部打撲の傷害を負わせた。
3. 乙は、同日、搬送先の病院において、前記急性硬膜下血腫により死亡したが、甲の足蹴り行為により死期が早まることはなかった。

(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。)

(参考答案)

1. 甲が拳で乙の顔面を殴ったことには、傷害致死罪(刑法 205 条)が成立しないか。

(1) 甲は、上記暴行により乙に急性硬膜下血腫の傷害を負わせることで、乙の「身体を傷害し」た。乙は上記傷害により死亡しており、後記 2 の暴行により死期が早まることもなかったため、暴行と死亡との間の因果関係も問題なく認められるから、甲は乙の「身体を傷害し、よって…死亡させた」といえる。

(2) 二重の意味での結果的加重犯である傷害致死罪では暴行の故意があれば足りるところ、行為の態様からして甲には少なくとも暴行の故意(刑法 208 条)がある。

(3) 乙は甲の行動を不審に思い、警察に 110 番通報をしようとしていただけだから、乙による甲に対する「急迫不正の侵害」は存在しない。したがって、正当防衛(36 条 1 項)の成立による違法性阻却はない。

(4) 甲が乙から直ちにスタンガンで攻撃されると誤信しているため、誤想防衛が問題となる。

ア. 故意責任を問うには規範の問題に直面して反対動機が形成可能であったことが必要であるところ、正当防衛の成立要件の認識がある場合には、自己の行為が違法行為として禁じられるとの規範の問題に直面していないため、反対動機の形成可能性がないから、事実の錯誤として責任故意が阻却されると解する。

イ. 甲の認識では、直ちにスタンガンで攻撃され、火傷を負わされたり、意識を失わされたりする危険性があったのだから、乙による甲の身体の安全に対する「急性不正の侵害」がある。

「防衛するため」は防衛の意思を意味するところ、甲は乙の攻撃から自己の身を守るために暴行に及んでいるから防衛の意思があり、「防衛するため」を満たす。

「やむを得ずにした行為」とは防衛手段としての必要最小限度性を意味するところ、スタンガンによる攻撃の危険性の高さ、身長 165cm・体重 60kg の甲と身長 180cm・体重 85kg の乙との体格差から、拳で顔面を 1 回殴る程度の暴行は必要最小限度の防衛行為といえるため、甲の認識を前提にすると「やむを得ずにした行為」も満たす。

したがって、甲には正当防衛の成立要件の認識があるから、責任故意が阻却され、傷害致死罪は成立しない。

(5) もっとも、甲は、乙の態度を注視していれば乙が直ちに自己に暴行を加える意思がないことを容易に認識できたのだから、

総まくり 90 頁 [論点 1]、  
論証集 47 頁 [論点 1]

「急迫不正の侵害」の誤信に重過失があるといえ、重過失致死罪（211条後段）が成立する。

2. 甲が乙に対して足でその腹部を3回蹴り、乙に加療約1週間を要する腹部打撲の傷害を負わせたことは、傷害罪（204条）の構成要件に該当する。甲は、乙が身動きせず、意識を失っているという「急迫不正の侵害」の終了を基礎づける事実を認識していたから、誤想防衛としての責任故意の阻却もない。したがって、傷害罪が成立する。

3. 以上より、甲は傷害罪の罪責を負う。 以上



第 16 問

総まくり 97 頁以下、論証

集 51 頁以下

(事案)

甲は、Vを殺害することを決意し、勢いをつけるために大量の飲酒をしてから包丁を持って自宅を出たところ、V宅に向かう途中で飲酒酩酊による心神喪失の状態に陥ったが、そのままV宅に向かい、V宅に侵入した上でVを包丁で刺して殺害した。

(設問)

甲の罪責について、論じなさい(住居侵入罪及び特別法違反の点は除く。)

(参考答案)

1. 甲は、Vを殺害することを決意することで殺人罪(刑法199条)の故意(38条1項本文)を有した状態で、Vを包丁で刺して殺害することにより「人を殺した」のだから、殺人罪の構成要件に該当する。

2. しかし、甲は、殺人の実行行為時に飲酒酩酊による「心神喪失」の状態に陥っていたのだから、責任能力を欠くとして、殺人罪の成立が否定されるのが原則である(39条1項)。

もともと、甲は、Vを殺害することを決意した上で勢いをつけるため自ら大量の飲酒をしたことにより実行行為時に「心神喪失」の状態に陥っていたのだから、原因において自由な行為として、犯罪の成立を認めることができないか。

(1) 責任能力は、非難可能性の対象行為時の意思決定能力を中核とするものである。そこで、完全な責任能力ある原因行為時の意思決定が結果行為まで貫かれているのであれば、結果行為について完全な責任能力を認めることができると解する。

(2) 甲は、心神喪失状態に陥る前にVを殺害することを決意していたのだから、Vを包丁で刺して殺害した時点まで当初のV殺害の意思が貫かれているといえる。したがって、原因において自由な行為として、甲には殺人既遂罪の成立が認められる。

以上

総まくり 97頁 [論点2]、  
論証集 51頁 [論点2]

## 第 17 問

総まくり 99 頁 [論点 5]、

論証集 52 頁 [論点 5]

(事案)

甲は、居酒屋で飲酒した後、甲宅に帰宅したところ、交際中の V と口論になり、憤激し、台所から持ち出した包丁で V の右腰部を 1 回突き刺した（これを「第一行為」という。）。

さらに、甲は、殺意をもって、同包丁で V の腹部を三回突き刺し、V を死亡させた（これを「第二行為」という。）。

甲は、第一行為の直後、突然、飲酒酩酊による心神喪失状態に陥り、それ以降は心神喪失状態にあった。また、V の死因は第二行為のみにより形成されたものである。

(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。）。

(参考答案)

1. 第一行為についての傷害罪（刑法 204 条）の成否

(1) 甲の第一行為は、これにより V の生理機能を障害するものだから、「人の身体を傷害」するものである。

(2) 憤激して包丁で突き刺すという行為の経緯・態様からして、甲には傷害の故意（38 条 1 項本文）もある。

したがって、第一行為には傷害罪が成立する。

2. 第二行為についての殺人既遂罪（199 条）の成否

(1) 甲の第二行為は、腹部という枢要部を 3 回も突き刺すという行為態様からして V 死亡の現実的危険性を有するため殺人罪の実行行為に当たる上、殺意に基づくものでもあるから、殺人罪の構成要件に該当する。

(2) しかし、甲は、第二行為の時点で飲酒酩酊による「心神喪失」状態にあったため、責任能力がない（39 条 1 項）として責任が阻却されるから、第二行為に殺人罪は成立しないのが原則である。

もっとも、原因において自由な行為として、犯罪の成立を認めることができないか。

ア. 責任能力は、非難可能性の対象行為時の意思決定能力を中核とするものである。そこで、完全な責任能力ある原因行為時の意思決定が結果行為まで貫かれているのであれば、結果行為について完全な責任能力を認めることができると解する。

イ. 甲は、飲酒を原因として飲酒酩酊による心神喪失状態に陥っているところ、飲酒の段階から V を殺害することを決意していたわけではないから、V 殺害の決意が飲酒時点から第二行為まで貫かれているとはいえない。したがって、原則通り、第二行為には殺人罪は成立しない。

3. 第一行為についての傷害致死罪（205 条）成否

第二行為によって直接惹起された V 死亡の結果について、第一行為に傷害致死罪（205 条）の成立を認めることができないか。

(1) 本問のように責任能力ある状態で開始された実行行為の途中から心神喪失に陥ったという場合には、処罰対象行為を責任能力のあった時点までの実行行為と捉えることで、これと因果関係が認められ、かつ故意又は過失が及んでいる結果について、原因において自由な行為の理論を用いることなく、犯罪の成立を認めることができる。

このように考えても、上記要件を満たしている場合には、責任能力のあった実行行為時の意思決定が結果まで貫かれているといえるため、実行行為と責任能力の同時存在原則の趣旨に

抵触しない。

(2) では、第一行為と V 死亡の間に因果関係があるか。

ア．因果関係の存否は、行為の危険性が結果へと現実化したかで判断し、その際には介在事情の異常性と結果への寄与度が考慮されると解すべきである

イ．甲は、居酒屋で飲酒して帰宅した後に第一行為に及び、その直後に第一行為前の飲酒を原因として飲酒酩酊による心神喪失状態に陥っている。そうすると、後になって飲酒酩酊するくらいまで飲酒した状態で行われた第一行為には、その後で飲酒酩酊状態に陥り第二行為に及ぶ危険性があったと評価できる。そうすると、そのような意味での第一行為の危険が V 死亡へと現実化したとして、第一行為と V 死亡との間の因果関係が認められる。

(3) では、第二行為により直接惹起された傷害致死の結果に対して第一行為時の故意が及んでいるといえるか。

傷害致死罪が傷害罪の結果的加重犯であることからすれば、第一行為時の傷害の故意が第二行為に及んでいれば足りると解すべきである。

そうすると、甲の第一行為時の傷害の故意が傷害致死の結果にも及んでいると評価できる。

(4) したがって、第一行為には傷害致死罪が成立し、前記 1 の傷害罪はこれに包括一罪として吸収される。 以上



## 第 18 問

総まくり 104 頁以下、論証  
集 55 頁以下、平成 28 年予  
備試験参考

(事案)

1. 甲は、V に恨みを持っていたことから、設定した時間に発火し、その火を周囲の物に燃え移らせる装置（以下「本件発火装置」という。）を製作し、これを使って V 宅に放火することを計画した。
2. 甲は、深夜 1 時ころ、V 宅内に侵入し、V 宅内に本件発火装置を運び込んで V 宅の 1 階の居間の木製の床板上に置き、同日午前 9 時に発火するように設定し、V 宅を出た。
3. 同日午前 7 時ころ、目を覚まして 1 階に降りてきた V は、本件発火装置を発見し、直ちに消防署に連絡し、駆けつけた消防隊員により本件発火装置の設定が解除されたため、本件発火装置から火が出ることはなかった。

(設問)

甲の罪責について、論じなさい（住居侵入罪及び特別法違反の点は除く。）。

(参考答案)

1. 甲が「現に人が住居に使用」している「建造物」である V 宅の 1 階の居間に本件発火装置を置き、同日午前 9 時に発火するように設定した行為には、現住建造物放火未遂罪（刑法 112 条、108 条）が成立しないか。
2. 本件発火装置が作動していないから、甲が本罪の「実行に着手」（43 条本文）したといえるかが問題となる。
  - (1) 未遂犯の処罰根拠は既遂結果惹起の現実的・客観的危険性にあるところ、程度問題である危険概念のみを基準としたのでは未遂犯の処罰範囲を適切かつ明確に画定することが困難である。そこで、「実行に着手」の成否は、①実行行為との密接性と②既遂結果発生に至る客観的な危険性の 2 点から判断されるべきである。
  - (2) V 宅内に本件発火装置を置いて午前 9 時に発火するように設定すれば、それ以降何らの行為を要することなく午前 9 時になると本件発火装置から火が出て、V 宅が焼損するのである。そうすると、V 宅内に本件発火装置を置いて午前 9 時に発火するように設定した行為は、V 宅に「放火」という本罪の実行行為と密接性を有するといえ（①）、また、その時点で V 宅の「焼損」に至る客観的な危険性が認められる（②）から、甲が本罪の「実行に着手」したといえる。
3. 本件発火装置から火が出て V 宅が焼損することはなかったのだから、甲は本罪の「実行に着手」したが「これを遂げなかった者」に当たる。
4. 甲は、本件発火装置により V 宅に放火するつもりだったのだから、本罪の故意（38 条 1 項本文）も有する。
5. 以上より、甲には現住建造物放火未遂罪が成立する。 以上

総まくり 106 頁 [論点 1]、  
論証集 55 頁 [論点 1]

第 19 問

(事案)

甲は、Vを自動車事故による死亡に見せかけて殺害しようと考え、Vにクロロホルムを吸引させて失神させてから、Vを自動車に乗せて自動車で1時間ほどかかる人気のない港まで運び、自動車ごと海中に落としてVを溺死させるという計画を立てた。

その後、甲は、上記計画に従い、Vにクロロホルムを吸引させたところ、クロロホルムの過剰吸引によってVが死亡してしまった。

(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。)

総まくり 109 頁 [論点 3]、  
論証集 56 頁 [論点 3]、ク  
ロロホルム事件(最決  
H16.3.22・百164)参考

(参考答案)

1. 甲は、Vにクロロホルムを吸引させるという第一行為で失神させてから、Vを自動車に乗せて港まで運び、自動車ごと海中に落とすという第二行為によりVを溺死させるという計画に基づいて、第一行為に及んだところ、Vが第一行為によって死亡している。そこで、甲が第一行為の時点で殺人罪(刑法199条)の「実行に着手」(43条本文)したといえるかが問題となる。

(1) 未遂犯の処罰根拠は既遂結果惹起の現実的・客観的危険性にあるところ、程度問題である危険概念のみを基準としたのでは「実行に着手」の肯否・時期が曖昧になるおそれがある。そこで、第一行為が第二行為に密接な行為であり、第一行為を開始した時点で既に既遂結果発生に至る客観的危険性が認められる場合に、第一行為の開始時に「実行に着手」したと認められると解する。そして、上記の存否の判断では、①第二行為を確実にかつ容易に行うための第一行為の必要不可欠、②両者間における犯行計画を遂行する上で障害となる特段の事情の不存在、③両者間の時間的・場所的接性を考慮する。

(2) まず、第一行為によりVを失神させれば、Vが自動車に乗る際や自動車内において暴れることもないため、自動車で1時間ほどかかる港までVを運ぶことが容易になるから、第一行為はVを港まで運んで第二行為を確実にかつ容易に行うために必要不可欠である(①)。

次に、本件港は人気のない場所であるから、第一行為によりVを本件港にまで連れて行くことに成功した場合には、何者かに気が付かれて制止・通報等されるという犯行計画遂行上の障害事由がないから、第二行為を容易に遂行できる(②)。

そして、第一行為の地点から第二行為を行う予定だった本件港までは車で1時間程度で移動できる距離だから、第一行為・第二行為間の時間的場所的接性もある(③)。

そうすると、第一行為は第二行為に密接な行為であるといえ、さらに、既にV殺人に至る客観的危険性が明らかに認められるともいえるから、甲は第一行為の開始時点で殺人罪の「実行に着手」したものと認められる。

2. もっとも、故意(38条1項本文)は実行行為の時点で存在しなければならぬから、第二行為でVを殺害しようと計画していた甲には、第一行為の時点では殺人既遂罪の故意が認められないのではないか。

(1) 第一行為と第二行為を全体として一個の実行行為とみることによって第一行為の開始時点で殺人罪の「実行に着手」を認めると、第二行為の段階に留保されていた殺人既遂結果惹起の認識・認

容を第一行為についても認めることができるため、甲の認識と実際の因果関係のそごは因果関係の錯誤として把握される。では、因果関係の錯誤は故意を阻却するか。

(2) 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の範囲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。そして、因果関係の錯誤は、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。

そうすると、甲には第一行為の時点で殺人既遂罪の故意が認められる。

3. したがって、甲には殺人既遂罪が成立する。 以上



## 第 20 問

総まくり 113 頁 [論点 4]、  
論証集 57 頁 [論点 5]、令  
和 4 年予備試験参考

### (事案)

甲(35歳、女性)は、A市内のアパートにおいて、長女X(4歳)と2人で暮らしていた。

甲は、Xと共に、Bが店長を務める大型スーパーマーケットC店に入り、果物コーナーを歩いていた際、陳列棚に置かれていた1房3000円の高級ブドウを手にとってXに見せながら、「おいしそうなブドウだね。」などと話したが、高額であったことから、Xの眼前でそのまま陳列棚に戻した。その後、甲は、何も買わずに店を出たが、Xに上記ブドウを万引きさせて自分で食べようと考え、C店の前において、Xに対し、「さっきのブドウを持ってきて。ママはここで待っているから、1人で行ってきて。お金を払わずにこっそりとね。」と言った。それを聞いたXは、甲の指示に従うことを決め、「分かった。」と言って、甲から渡された買物袋を持って1人でC店に入っていった。

Xは、約10分間掛けて店内を探したが、果物コーナーの場所が分からず、そのまま何もとらずに店を出た。甲は、上記ブドウの入手を諦め、Xと共に帰宅した。

### (設問)

甲の罪責について、論じなさい(建造物侵入罪及び特別法違反の点は除く。)

(参考答案)

1. 甲が、C店において、Xに対して「さっきのブドウを持ってきて。ママはここで待っているから、1人で行ってきて。お金を払わずにこっそりとね。」と言うことで、「他人の財物」であるC店のブドウを「窃取」するように指示をしたことについて、店長としてC店内の商品を占有しているBに対する窃盗未遂罪（刑法243条、235条）の間接正犯が成立しないか。

2. 結果を直接惹起する他人の行為を①正犯意思に基づいて②道具として利用した者については、構成要件的结果惹起の原因を支配した者であると評価できるから、間接正犯が成立すると解する。

甲は、Xを利用してC店のブドウを万引きさせようと考えており、Xに窃取させたブドウを自分で食べるつもりだったのだから、自己の犯罪を実現するためにXを利用するという正犯意思が認められる(①)。Xは4歳であり事理弁識能力を欠くため、指示されたブドウの万引きについて規範的障害が生じないから、甲によって一方的に利用支配されていたといえ、道具性も認められる(②)。

したがって、甲には間接正犯としての正犯性が認められる。

3. X自身が窃盗罪の「実行に着手」したといえるか。

(1) 未遂犯の処罰根拠は既遂結果発生の実現的危険性にあるから、構成要件的结果発生に至る現実的危険性を含む行為の開始時に「実行に着手」が認められると解する。

(2) Xは、ブドウをとる目的でC店に入った後、約10分間かけて店内を探したが、果物コーナーの場所が分からなかったのだから、ブドウが置かれている果物コーナーを見つけてそこに近づいていったという事実は認められない。そうすると、Xがブドウの占有侵害に至る現実的危険性を含む行為を開始したとはいえないから、Xが窃盗罪の「実行に着手」したとはいえない。

4. そうすると、間接正犯の実行の着手時期を被利用者の行為の開始時と理解する見解からは、甲が窃盗罪の間接正犯の「実行に着手」したとはいえず、窃盗未遂罪の間接正犯すら成立しない。

しかし、被利用者の行為は利用行為から結果発生に至るまでの因果関係の経過にすぎず、利用行為の時点で被利用者の行為を介した結果発生の実現的危険性が認められるから、利用行為の開始時に間接正犯の「実行に着手」したと認められると解する。

したがって、甲はXに対してブドウの窃盗を指示したことにより窃盗罪の間接正犯の「実行に着手」したといえる。

5. 窃盗罪の成立には故意(38条1項本文)に加えて不法領得の意思も必要である。

総まくり 7頁 [論点 1]、論  
証集 3頁 [論点 1]

総まくり 113頁 [論点 4]、  
論証集 57頁 [論点 5]

甲は、Xを道具として利用してC店のブドウを万引きさせてこれを自分で食べるつもりだったのだから、窃盗罪の間接正犯の故意も、不法領得の意思も認められる。

6. したがって、甲にはBに対する窃盗未遂罪の間接正犯が成立する。  
以上



第 2 1 問

総まくり 114 頁以下、論証  
集 58 頁以下、平成 25 年予  
備試験参考

(事案)

甲は、友人 V と 2 人で居酒屋で酒を飲んでいて、V が酔っ払った勢いで V の預金口座のキャッシュカードの暗証番号を口にしていたことから、V がトイレに行くために席を立った際に、V の財布からキャッシュカードを抜き取った。

甲は、翌日、盗んだ V 名義の預金口座のキャッシュカードを持って、現金 50 万円を引き出すために、A 銀行 B 支店（支店長 C）の ATM コーナーにおいて、現金自動預払機に上記キャッシュカードを挿入して暗証番号を入力したが、既に V の盗難届により同口座の取引の停止措置が講じられていたため、現金を引き出すことができなかった。

(設問)

甲の罪責について、論じなさい（建造物侵入罪及び特別法違反の点は除く。）

(参考答案)

1. 甲がVがトイレに行くために席を立った際に、Vの財布からキャッシュカードを抜き取った行為には、「他人の財物を窃取した」としてVに対する窃盗罪(刑法235条)が成立する。

なお、行為の態様と行為後の後記2の行動から、故意(38条1項本文)も不法領得の意思も認められる。

2. 甲が現金自動預払機にV名義のキャッシュカードを挿入して暗証番号を入力した行為には、現金自動預払機内の現金を占有している支店長Cに対する窃盗未遂罪(235条、243条)が成立しないか。

(1) 甲が「他人の財物」であるV名義の預金口座内の現金50万円を現金自動預払機から引き出そうとした時点では既に同口座の取引の停止措置が講じられおり、現金を引き出せない状態にあったため、不能犯の成否が問題となる。

ア. 刑法の一般予防機能及び行為者の主観的事情が違法性判断に影響を及ぼすとの考えから、未遂犯と不能犯の区別は、行為時に一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎として、一般人の危険感を基準として判断すべきである。

イ. 取引停止措置という異常性の高い事情について一般人は認識し得ないし、甲もこれを認識していなかったのだから、取引停止措置がないことを前提として危険性を判断することになる。そうすると、一般人としては、現金自動預払機にV名義のキャッシュカードを挿入して暗証番号を入力すれば口座内の現金50万円を引き出すことができると感じるから、不能犯は成立しない。

(2) 甲は窃盗罪の「実行に着手」(43条本文)したといえるか。

ア. 未遂犯の処罰根拠は既遂結果発生の実現的危険性にあるから、構成要件的结果発生に至る実現的危険性を含む行為の開始時に「実行に着手」(43条本文)が認められると解する。

イ. キャッシュカードの挿入及び暗証番号の入力により容易に口座内の現金を引き出せる状態になるから、払戻実行のボタンを押す前であっても、口座内の現金の占有侵害の実現的危険性を含む行為を開始したとして窃盗罪の「実行に着手」したと認められる。

(3) 甲は現金を引き出すことができなかったのだから、窃盗罪「を遂げなかった」(43条本文)のである。

(4) 甲は現金50万円を引き出すために2の行為に及んでいるため、故意も不法領得の意思もあるといえるから、窃盗未遂罪が成立する。

総まくり 115 頁 [論点 1]、  
論証集 58 頁 [論点 1]

総まくり 106 頁 [論点 1]、  
論証集 55 頁 [論点 1]

第 2 2 問

総まくり 117 頁以下、論証

集 59 頁以下

(事案)

甲は、Vを殺害する意思で、Vの腹部を包丁で1回刺したところ、苦しんでいるVの姿を見て憐憫の情を抱き、やっぱりVを殺害するのはやめようと考え、直ちに救急車を呼び、Vを病院に連れて行った。

Vは、病院における医師らによる救命措置により、一命を取り留めた。

なお、甲がVを殺害するのをやめようと思った時点では、通行人などはおらず、また、包丁も刃こぼれなどしておらずこれを使ってVを殺害することは困難ではなかった。

(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。)

(参考答案)

1. 甲が包丁でVの腹部を1回刺した行為について、Vに対する殺人未遂罪(刑法203条、199条)が成立しないか。

2. 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をいう。

甲の行為は、腹部という枢要部を殺傷能力の高い包丁で1回刺すというものだから、V死亡の現実的危険性を有するため殺人罪の実行行為に当たる。

3. 甲は上記1の行為により殺人罪の「実行に着手」(43条本文)したが、Vが死亡しなかったため「これを遂げなかった」。

4. 甲には、Vを殺害する意思という殺人罪の故意(38条1項本文)もあるから、殺人未遂罪が成立する。

5. もっとも、甲が、上記1の行為の後に救急車を呼び、Vを病院に連れて行っているため、中止犯(43条但書)が成立しないか。

(1)「犯罪を中止した」

ア. まず、「犯罪を中止した」として作為が必要とされる場合におけるその根拠は、そのままにしておくで既遂結果発生に至る危険性にある。そこで、行為者の行為から独立して既遂結果発生に至る具体的危険が生じた場合には作為が必要であり、そうでない場合には不作為で足りると解する(因果関係遮断説)。

甲はVの腹部という枢要部を殺傷能力の高い包丁で1回刺したのだから、これによりVが重傷を負っていたと考えられる。そうすると、放置すればVが死亡する具体的危険が生じていたといえるから、甲が「犯罪を中止した」というには作為が必要である。

イ. 次に、中止犯の必要的減免の根拠は、中止行為に示された行為者の態度が責任を減少させる点にある(責任減少説)。

そこで、「犯罪を中止した」として必要とされる作為は、責任減少を認めるに足りるだけの結果回避へ向けた真摯な努力が必要であると解する。

甲は、自ら救急車を呼び、Vを病院に連れて行ったのだから、責任減少を認めるに足りるだけのV死亡の回避へ向けた真摯な努力があったと評価することができ、「犯罪を中止した」といえる。

(2)「自己の意思により」

ア. 行為者の主観においてできるのに止めたという場合には、責任減少という必要的減免の根拠が妥当するから、「自己の意思により」といえると解する(主観説)。

イ. 甲がVを殺害するのをやめようと思った時点では通行人

総まくり 118頁 [論点1]、

論証 60頁 [論点2]

総まくり 118頁 [論点2]、

論証 60頁 [論点2]

総まくり 119頁 [論点5]、

論証 60頁 [論点5]

などはおらず、また、包丁も刃こぼれなどしておらずこれを使ってVを殺害することは困難ではなかった。そうすると、甲が犯行を継続して包丁でさらにVを刺すなどしてVを殺害することが客観的に困難な状況ではなかった。にもかかわらず、甲がやっぱりVを殺害するのをやめようと考えたのは、苦しんでいるVの姿を見て憐憫の情を抱いたからである。そうすると、甲は、犯行を継続してVを殺害することができることを認識しながら、それをやめたのだといえる。したがって、甲は「自己の意思により」犯罪を中止したといえる。

よって、甲には中止犯が成立し、刑が必要的に減免される。

以上



第 2 3 問

総まくり 122 頁 [論点 1]、  
論証集 63 頁 [論点 1]、平  
成 20 年司法試験参考

(事案)

1. 甲(男性・30歳)は、勤務先会社が倒産して失職し、新たな就職先も見付からず、生活費に窮していたところ、同じく失職中の友人の乙に対し、「このままでは家賃も払えないし、食べていけない。何か金を作る方法はないだろうか。泥棒でもするしかないかな。」などと話した。

乙は、3か月前までVが経営する会社に勤務していたが、Vがしばしば自宅で仕事をするため、売上金を届けるなどの用件でVの自宅に何度も行ったことがあり、Vが自宅の書斎にある机の引き出しの中に現金300万円くらいを入れているのを知っていたことから、「前に勤務していた会社の社長Vは、現金300万円くらいをいつも家に置いていた。」と言った。

甲は、それを聞いて、乙に対し、「それじゃあ、俺が入るから、Vの家の場所と現金の在りかを教えてくれ。300万円手に入れることができれば、お前に100万円やる。」と言った。

乙は、Vの会社に勤務していた時の待遇に不満を持っていた上、乙自身も生活費に窮していたことから、甲が首尾よく現金を盗むことができれば自分もまとまった金を手に入れることができると思い、「分かった。明日Vの家を見に行こう。家の間取り図も作っておくよ。」と答え、さらに、「Vは一人暮らしだ。毎週月曜日には必ず会社に出勤するので、月曜日の日中Vは家にはいない。Vは月曜日の午前8時半ころ家を出るが、午前10時ころには通いの家政婦が来るので、やるんだったら月曜日の午前8時半から午前10時前までだ。トイレの窓にはいつも鍵が掛かっていないから、そこから家の中に入れると思う。書斎の机の引き出しには300万円くらいは入っているはずだ。」と説明した。

2. 同日夜、乙は、V宅の間取り図面を作成し、トイレの場所、書斎の場所やVがいつも現金を入れていた机の場所等を同図面に書き込んだ。

そして、翌日の昼間、乙は、自分の自動車に甲を乗せてV宅付近まで運転し、Vの自宅を指さして、甲に対し、「あれがVの家だ。」と教えるとともに、前記図面を甲に手渡した。

甲は、V宅付近が閑静な住宅街で、日中も人通りがほとんどなかったことから、トイレの窓からV宅に侵入してもだれにも見られないだろうと安心し、乙に対し、「今度の月曜日にやる。Vが家を出た後すぐに入るから、午前8時過ぎにVの家の近くに着けるように今度の月曜日の朝迎えに来てくれ。」と言った。乙は、これに対して、「分かった。」と答えた。

3. 翌週の月曜日、乙は、前記自動車を運転して甲方に行き、甲を同車に乗せて、V宅付近に向かい、午前8時過ぎころV宅付近に到着した。乙は、甲がV宅から出て来るまで付近道路に同車を停車させたまま待っていようと思い、甲に対し、「ここで待っているよ。」と言ったところ、甲は、乙が何度も同車でV宅を訪れた旨聞いていたことから、だれかに乙の自動車を見られるのは絶対に避けたいと考え、「お前は先に帰っていてくれ。車を見られたらまずい。」と言った。そこで、乙は、甲を同車から降ろした後、すぐに同車を運転してその場を去った。

4. 甲は、V宅付近でV宅玄関の様子をうかがっていたが、午前8時半ころ、Vが家を出たのを確認した後、V宅に向かい、前記図面に示されていたトイレの窓を探し、無施錠の同窓を開けて屋内に入った。そして、甲は、書斎に行き、机の引き出しを開けて現金300万円を見付け、これを着ていたジャンパーのポケットに入れて、V宅から出た。

翌日、甲は、乙と会い、V宅から盗んだ現金300万円のうち100万円を乙に手渡した。

(設問)

甲及び乙の罪責について、論じなさい(特別法違反の点は除く。)

(参考答案)

1. 甲の罪責

(1) 「侵入」(刑法 130 条前段)とは管理権者の意思に反する立入りを意味するところ、住居の管理者が窃盗目的での立入りを容認しないのは当然であるから、甲が窃盗目的で「人の住居」たる V 宅に無施錠のトイレの窓を開けて屋内に入ったことは、V の意思に反する立入りとして「侵入」に当たる。したがって、甲には住居侵入罪が成立する。

(2) 甲は、V 宅の書斎机の引き出しの中にある現金 300 万円という「他人の財物」を自分のジャンパーのポケットに入れて V 宅から出ることで「窃取」したのだから、窃盗罪(235 条)が成立する。

(3) なお、後述する通り、甲は、上記の 2 罪について乙と共同正犯(60 条)になる。

2. 乙の罪責

(1) 乙は住居侵入罪及び窃盗罪の実行行為を行っていないから、共謀共同正犯の成否が問題となる。

ア. 自手実行がなくても、共謀や役割分担により共同正犯の処罰根拠たる法益侵害の共同惹起が認められ得るから、共謀共同正犯も認められると解する。その成立には、①共謀と②共謀に基づく実行行為に加えて、自手実行がないことを補うためのものとして③正犯性が必要であると解する。

イ. 甲は乙に対し、V 宅の書斎にある机の引き出しの中にある現金約 300 万円を盗む意図を伝えた上で、「俺が入るから、V の家の場所と現金の在りかを教えてくれ。」と申し入れ、乙が「分かった。」と言い甲の申し入れを了承した。これにより、甲乙間で、V 宅に侵入して現金約 300 万円を盗むことについての共謀が成立した(①)。

甲は、上記共謀に基づき、上記 1 の通り住居侵入及び窃盗を実行した(②)。

乙は、「何か金を作る方法はないだろうか。泥棒でもするしかないかな。」という甲の発言に対し、「V は、現金 300 万円くらいをいつも家に置いていた。」と言い、甲の犯意を誘発している。また、乙は、甲に対し、月曜日の午前 8 時半から午前 10 時前までなら V が出勤している上に通いの家政婦もいないこと、V 宅トイレの窓にはいつも鍵がかかっていないことと、書斎の机の引き出しには 300 万円くらいが入っていることを説明した上で、V 宅の間取り図面を作成してトイレ・書斎・机の場所を同図面に書き込んでこれを甲に手渡した。犯行の日時・侵入経路・財物の在りかが住居侵入窃盗を

総まくり 122 頁 [論点 1]、  
論証集 63 頁 [論点 1]

成功させる上で極めて重要な情報であることから、乙は上記情報提供により重要な役割を果たしたといえる。さらに、甲は「300万円手に入れることができたなら、お前に100万円やる。」と言い、乙と報酬約束をしているところ、実行行為を分担しない乙にとっては、300万円のうち100万円を得るということは相当大きな利益であるから、乙は本件住居侵入窃盗について強い利害関係を有する。したがって、乙の正犯性(③)も認められる。

よって、乙には、住居侵入罪及び現金300万円の窃盗罪の共謀共同正犯が成立する。

(2) 乙は、取り分として、甲から「盗品」である現金100万円を「無償で譲り受け」(256条1項)ている。

しかし、共同正犯者を含む本犯者による256条所定の行為については、不可罰的事後行為として盗品等関与罪は成立しないと解されている。

したがって、窃盗罪の共同正犯である乙には、盗品無償譲受け罪は成立しない。

### 3. 罪数

(1) 甲は、①住居侵入罪の共同正犯と②窃盗罪の共同正犯の罪責を負い、両者が手段・目的の関係に立つから牽連犯(54条1項後段)となる。

(2) 乙は、①住居侵入罪の共同正犯と②窃盗罪の共同正犯の罪責を負い、共謀共同正犯であることから共謀という一つの行為により①と②を実現しているから、①と②は観念的競合(54条1項前段)となる。

以上

第 2 4 問

総まくり 137 頁・オ、論証

集 65 頁 [ 論点 6 ]、平成 28

年司法試験参考

( 事案 )

1. 甲 ( 男、40 歳 ) は、V ( 男、45 歳 ) から現金を奪うためにナイフを準備した上で、路上で V を待ち伏せし、V に対し、その右足のふくらはぎ ( 以下「右ふくらはぎ」という。 ) をナイフで 1 回刺した上で、「金を出せ。」と申し向け、V は、「言うとおりにしないと、更にひどい暴行を受けるかもしれない。」と考えて強い恐怖心を抱き、「分かりました。今渡します。」と答えた。
2. 乙 ( 男、38 歳 ) は、甲の後輩であり、たまたま甲と V の様子を路上で見かけたところ、甲が強盗するのを手伝おうという気持ちが生じるとともに、分け前がもらえるだろうと考え、甲に対し、「俺も手伝いますよ。」と言った。甲は、乙に対し、「俺は誰かが来ないように周囲を見張っているから、お前が V から金をもらってくれ。お前にも十分分け前はやる。」と言い、乙も、これを了解して「分かりました。」と言った。  
乙は、V がかばんから出した現金 100 万円入りの封筒を受け取り、これを甲に手渡した。甲は、封筒から現金 20 万円を取り出し、これを乙に手渡した。

( 設問 )

甲及び乙の罪責について、論じなさい ( 特別法違反の点は除く。 )。

(参考答案)

## 1. 甲の罪責

(1) 甲が V に対し、その右ふくらはぎをナイフで 1 回刺した上で、「金を出せ。」と申し向けた行為について、強盗傷人罪（刑法 240 条前段）が成立しないか。

(2) 「暴行又は脅迫」（236 条 1 項）は、客観的にみて相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものであることを要する。

殺傷能力の高いナイフで右ふくらはぎを刺された場合、歩くことができずその場から動けなくなるのが通常であるから、甲が V の右ふくらはぎをナイフで 1 回刺した行為は、客観的に V の反抗を抑圧するに足りる有形力の行使として「暴行」たり得る。甲が右ふくらはぎを刺された状態の V に対して「金を出せ。」と申し向けた行為も、客観的に見て V の反抗を抑圧するに足りる害悪の告知として「脅迫」たり得る。

(3) 甲は V から現金を奪うために上記 (2) の暴行・脅迫を行っているから、これは財物奪取意思に担われた反抗抑圧手段として行われたものとして、強盗罪の「暴行」「脅迫」に当たる。

(4) V は、甲の暴行・脅迫により、「言うとおりにしないと、更にひどい暴行を受けるかもしれない。」と考えて強い恐怖心を抱き反抗を抑圧され、「分かりました。今渡します。」と答え、かばんから現金 100 万円入りの封筒を出して乙に手渡している。その後、甲は、乙から同封筒を受け取ったのだから、V から現金 100 万円を「強取」したといえる。

(5) 240 条は「よって」という文言を用いていないし、強盗が故意に人を傷害することも刑事学上顕著であるから、同条の「強盗」には傷害の故意を有する者も含まれると解する。

したがって、傷害の故意（38 条 1 項本文）をもちながら上記行為に及んだ甲も「強盗」に当たる。

(6) V が強盗の手段である上記暴行により右ふくらはぎを負傷しているから、「強盗が、人を負傷させた」（240 条前段）といえる。

(7) したがって、甲には強盗傷人罪が成立する。

なお、後述する通り、甲は強盗罪（236 条 1 項）の限度で乙と共同正犯になる。

## 2. 乙の罪責

乙には、強盗致傷罪の共同正犯（60 条、240 条前段）が成立しないか。

(1) 「共同して犯罪を実行した」とは、共謀に基づく実行行為を意味する。

乙は、甲が強盗をしていることを認識しながら、甲に対し、

総まくり 241 頁 [論点 1]、  
論証集 135 頁 [論点 1]

「俺も手伝いますよ。」と言い、これに対し甲が「俺は誰かが来ないように周囲を見張っているから、お前が V から金をもらってくれ。お前にも十分分け前はやる。」と言い、乙が「分かりました。」と言った。これにより、甲乙間で、V に対する強盗罪の共謀が成立したといえる。

(2) 乙は、上記の共謀に基づき、甲により反抗を抑圧された V がかばんから出した現金 100 万円入りの封筒を受け取ることしかしておらず、強盗罪の手段である暴行・脅迫までは行っていないから、強盗罪さらには強盗傷人罪の実行行為の途中から共謀加担しているにすぎない。そこで、承継的共同正犯の成否が問題となる。

ア. 共同正犯の処罰根拠は構成要件的结果に対する因果性にあるから、後行者の共謀及びこれに基づく行為が構成要件的结果に対して因果性を及ぼしたといえる場合には、その限りにおいて承継的共同正犯の成立が認められると解する。

総まくり 127 頁 [論点 6]、

論証集 65 頁 [論点 6]

イ. 乙は、前記共謀に基づき共謀加担前の甲の暴行・脅迫により惹起された V の反抗抑圧状態を利用して、V から現金 100 万円入りの封筒を受け取ることで、現金 100 万円の占有侵害について因果性を及ぼしている。そのため、少なくとも強盗既遂罪には因果性を及ぼしている。

他方で、V が右ふくらはぎを負傷したという結果は、乙が共謀加担する前の甲の暴行により生じたものであり、因果性の遡及が認められない以上、乙は V の負傷には因果性を及ぼしていない。

したがって、乙には強盗既遂罪の限度で承継的共同正犯が成立するにとどまる。

(3) よって、乙には強盗既遂罪の共同正犯が成立する。 以上



第 25 問

総まくり 134 頁以下、論証

集 69 頁以下

(事案)

1. 甲は、金に困っていたことから、地元の後輩である乙に対して、「資産家である V の自宅には金目のものがたくさんある。V の自宅のトイレの窓には鍵がかかっていないから、お前がそこから V 宅の中に入って、V を脅して金目のものを奪ってこい。」と命令し、サバイバルナイフを手渡すとともに、事前に作成していた V 宅のトイレの場所が書き込まれている V 宅の間取り図を手渡した。

乙は、強盗まではやりたくないと思う一方で、地元の先輩である甲の命令を聞かなかったから後々面倒なことになるかもしれないと思い、悩んだ末に、V 宅から金目のものを持ってきさえすれば問題はないから V 宅に忍び込んで V 宅から金目のものを盗んでこようと考え、甲に対して、「分かりました。やってきます。」と返事をした。

2. 翌日、乙は、V 宅に向かい、V 宅の間取り図に示されていたトイレの窓を探し、無施錠の同窓を開けて屋内に入った。その時、ちょうど V が出かけていたため、V 宅には誰もいなかった。乙は、V 宅の書斎まで進んだところ、そこにある机の引き出しを開けると現金 300 万円を見つけたため、これを着ていたジャンパーのポケットに入れて、V 宅から出た。

乙は、甲に対して、V 宅から盗んだ現金 300 万円を手渡した。

(設問)

甲及び乙の罪責について、論じなさい（住居侵入罪、盗品等に関する罪及び特別法違反の点は除く。）。

(参考答案)

1. 乙の罪責

(1) 乙は、V宅の書斎机の引き出しの中にある現金300万円という「他人の財物」を自分のジャンパーのポケットに入れてV宅から出ることによって「窃取」したのだから、窃盗罪(刑法235条)が成立する。

(2) 後述する通り、乙は甲と窃盗罪の共同正犯(60条)となる。

2. 甲の罪責

(1) 甲は窃盗罪の実行行為を行っていないから、共謀共同正犯の成否が問題となる。

ア. 自手実行がなくても共謀や役割分担により共同正犯の処罰根拠たる法益侵害の共同惹起が認められ得る。そこで、①共謀と②共謀に基づく実行行為に加えて、自手実行がないことを補うためのものとして③正犯性を要件として、共謀共同正犯が認められると解する。

イ. 甲は乙に対して「Vを脅して金目のものを奪ってこい。」と命令し、これに対し乙が「V宅から金目のものを盗んでこよう」との考えで「分かりました。やってきます。」と返事をしているため、甲乙間では、少なくとも、自然的行為の次元において「V宅から金目のものをとってくる」という意味での合意が成立している。もっとも、甲は、乙に対して「Vを脅して金目のものを奪ってこい。」と命令しているため、当初から強盗罪(236条)の認識である一方で、乙は、当初から強盗まではやりたくないと思い、V宅から金目のものを盗んでこようと考えていたのだから、窃盗罪の認識を有するにとどまる。このように、故意の内容が異なる者どうしの間で共謀が成立するのかが問題となる。

(ア) 共同正犯の本質は特定の犯罪を共同して実現することにあるが、各共同者の故意が構成要件的に重なり合う限度では、共同して構成要件を実現したといえるから、共謀が成立すると解する。

(イ) 強盗罪と窃盗罪とは、前者が後者を包摂するという意味で窃盗罪の限度で構成要件が形式的に重なり合うから、甲乙間では窃盗罪の共謀の成立が認められる(①)。

ウ. 乙は、上記共謀に基づいて前記1の窃盗を実行した(②)。

エ. 甲は、地元の先輩であるという地位を利用して、乙に対して「V宅の中に入って、Vを脅して金目のものを奪ってこい。」と命令し、乙は、「地元の先輩である甲の命令を聞かなかったから後々面倒なことになるかもしれない」と思って窃盗の実行を決意しているから、甲は乙の犯意誘発に対して強く寄

総まくり 122頁 [論点1]、

論証集 63頁 [論点1]

与している。また、甲は、乙に対して、「Vの自宅のトイレの窓には鍵がかかかっていないから、お前がそこからV宅に入って…」と命じることで侵入経路という住居侵入窃盗を成功させる上で重要な情報を提供しているから、重要な役割も果たしている。さらに、甲は、自分が金に困っていたために、乙に窃盗を命じているのだから、乙に盗ませた金品の全部又はほとんどを自分のものにするつもりだったといえ、本件窃盗に対して強い利害関係を有しているともいえる。したがって、甲には正犯性も認められ(③)、共謀共同正犯の成立要件を満たす。

(2) 甲は強盗罪の共同正犯の認識で窃盗罪の共同正犯を実現しているため、実現した窃盗罪の共同正犯の故意も認められるか、抽象的事実の錯誤が問題となる。

ア. 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。

イ. 前記の通り、強盗罪と窃盗罪とは窃盗罪の限度で構成要件が形式的に重なり合うから、甲には窃盗罪の共同正犯の故意も認められる。

(3) 以上より、甲には窃盗罪の共同正犯が成立する。 以上

総まくり 52 頁 [論点 8]、  
論証集 31 頁 [論点 8]



第 26 問

総まくり 134 頁以下、論証

集 69 頁以下

(事案)

甲と乙は、お互いに V に対して恨みを持っていたことから、V を呼び出して暴行を加えることについて話し合っていた。

甲は、当初から V を殺害するつもりであったが、そこまでは乙には話しておらず、乙は、さすがに甲も殺害までやらないだろうと考えており暴行により V に傷害を加えることまでしか想定していなかった。

甲は、V を殺害する認識を有しながら、乙に対して、「じゃあ、明日の夜、A 埠頭に V を呼び出して、鉄パイプかなんかで V を痛めつけてやろう。お前も何かドッグを持って来いよ。」と言い、乙は「分かった。じゃあ明日。」と返事をした。

甲と乙は、A 埠頭においてそれぞれ鉄パイプを準備した上で集合し、V を呼び出した。その後、V が A 埠頭に来てから、乙は、鉄パイプで V の足を強打し、甲は、殺意を持って鉄パイプで V の後頭部を強打したところ、甲の当該暴行を原因として V が死亡した。

(設問)

甲及び乙の罪責について、論じなさい(凶器準備集合罪及び特別法違反の点は除く。)

(参考答案)

1. 甲の罪責

(1) 甲は、殺傷能力の高い鉄パイプで V の後頭部という身体の重要部分を強打するという V 死亡の現実的危険性のある殺人罪の実行行為を行い、これにより V を死亡させたのだから、「人を殺した者」に当たる、甲には殺意という殺人の故意(38条1項本文)もあったのだから、殺人既遂罪(刑法199条)が成立する。

(2) なお、後述の通り乙には傷害致死罪の限度で共同正犯(60条)が成立するが、死の二重評価を避けるために、甲についての傷害致死罪の共同正犯は、殺人既遂罪の単独正犯に吸収されて成立しないと解すべきである。

2. 乙の罪責

乙には、殺人罪の共同正犯(60条、199条)又は傷害致死罪の共同正犯(60条、199条)が成立しないか。

(1) 「共同して犯罪を実行した」(60条)というためには、共謀に基づく実行行為が必要である。

ア. 甲は、乙に対して、「鉄パイプかなんかで V を痛めつけてやろう。お前も何かドッグを持って来いよ。」と言い、乙は「分かった。じゃあ明日。」と返事をした。これにより、甲乙間では、鉄パイプなどの凶器で V に暴行を加えることについての合意が成立した。もっとも、甲は当初から V を殺害する認識であったのに対し、乙は当初から暴行により V に傷害を加えるという傷害罪の認識しか有していなかった。このように、故意の内容が異なる者どうしの間で共謀が成立するのかが問題となる。

(ア) 共同正犯の本質は特定の犯罪を共同して実現することにあるが、各共同者の故意が構成要件的に重なり合う限度では、共同して構成要件を実現したといえるから、共謀が成立すると解する。

(イ) 殺人罪と傷害罪とは、前者が後者を包摂するという意味で傷害罪の限度で構成要件が形式的に重なり合うから、甲乙間では傷害罪の共謀の成立が認められる(①)。

イ. 上記の共謀に基づき、乙は鉄パイプで V の足を強打するという暴行を実行し、甲は鉄パイプで V の後頭部を強打するという暴行を実行し、甲の暴行を原因として V が死亡した(②)。

したがって、乙と甲は、少なくとも傷害罪の限度で「共同して犯罪を実行した」といえる。

(2) 共同正犯の成立範囲は、結果的加重犯の場合を除き、共謀し

た特定の犯罪に限定されるから、乙と甲が殺人について共謀していない以上、殺人罪の共同正犯は成立しない。では、傷害致死罪の共同正犯は成立するか、結果的加重犯の共同正犯の肯否が問題となる。

ア．基本犯には加重結果発生の高度の危険性が内包されているため、結果的加重犯の成立には加重結果についての過失は不要と解すべきである。そうすると、加重結果との関係における過失犯の共同正犯を問題にするまでもなく、結果的加重犯の共同正犯が認められる。

イ．したがって、乙には、甲との傷害罪についての共謀に基づいて、傷害致死罪の共同正犯の成立が認められる。

(3) 以上より、乙には傷害致死罪の共同正犯が成立する。以上

総まくり 126 頁 [論点 4]、  
論証集 64 頁 [論点 4]



第 27 問

総まくり 134 頁以下、論証

集 69 頁以下

(事案)

甲と乙は、お互いに V に対して恨みを持っていたことから、暴行により傷害を加えるつもりで、A 埠頭に V を呼び出して鉄パイプなどで V に暴行を加えて傷害を負わせることについて合意をした。

甲と乙は、A 埠頭においてそれぞれ鉄パイプを準備した上で集合し、V を呼び出した。その後、V が A 埠頭に来てから、甲と乙は、鉄パイプで V の腕や背中を殴打し、これにより V が腕や背中を負傷した。

甲は、怯むことなく反抗的な態度をとり続ける V に対して激怒し、殺意を抱くに至り、鉄パイプで V の後頭部を強打したところ、これを原因として V が死亡した。

(設問)

甲及び乙の罪責について、論じなさい(凶器準備集合罪及び特別法違反の点は除く。)

(参考答案)

1. 甲の罪責

(1) 甲は、殺傷能力の高い鉄パイプで V の後頭部という身体の重要部分を強打するという V 死亡の現実的危険性のある殺人罪の実行行為を行い、これにより V を死亡させたのだから、「人を殺した者」に当たる、甲には殺意という殺人の故意(38条1項本文)もあったのだから、殺人既遂罪(刑法199条)が成立する。

(2) なお、後述の通り乙には傷害致死罪の限度で共同正犯(60条)が成立するが、死の二重評価を避けるために、甲についての傷害致死罪の共同正犯は、殺人既遂罪の単独正犯に吸収されて成立しないと解すべきである。

2. 乙の罪責

乙には、殺人罪の共同正犯(60条、199条)又は傷害致死罪の共同正犯(60条、199条)が成立しないか。

(1) 「共同して犯罪を実行した」(60条)というためには、共謀に基づく実行行為が必要である。

ア. 乙は、甲との間で、暴行により傷害を加えるつもりで、A埠頭に V を呼び出して鉄パイプなどで V に暴行を加えて傷害を負わせることについて合意をした。これにより、甲乙間には、傷害罪についての共謀が成立した。

イ. 甲と乙は、上記共謀に基づき、鉄パイプで V の腕や背中を殴打するという暴行を実行し、これにより V が腕や背中を負傷した。

したがって、甲と乙は、少なくとも傷害罪の限度で「共同して犯罪を実行した」といえる。

(2) その後、甲が前記1の行為により V を殺害している。乙と甲は殺害については事前共謀していないし、現場で殺害についての共謀が成立したといえる事情もないから、甲の前記1の行為が傷害罪の事前共謀に基づくといえるかが問題となる。

ア. 共謀に基づく実行行為とは、共謀の因果性が実行行為に及んでいる場合に認められ、因果性が及んでいるか否かは共謀の危険実現の範囲内の実行行為であるか否かにより判断すべきである。

イ. 甲による前記1の行為と事前共謀の内容である V に対する傷害とでは、被害者がいずれも V であること、態様が鉄パイプを用いた暴行であることと、動機が V に対する恨みを晴らすことであるという点で共通している。しかも、前記1の行為は、事前共謀に基づく暴行・傷害と同じ場所で、時間的に連続・近接して行われている。そうすると、前記1の行為

における甲による V 殺害の意思決定は、傷害罪についての事前共謀によって誘発されたものといえるから、甲による前記 1 の行為は上記共謀の危険実現の範囲内にあるといえる。したがって、前記 1 の行為は上記共謀に基づくものといえる。

(2) そうすると、乙については、傷害罪の故意で V の殺害を実現したとして、抽象的事実の錯誤が問題となる。乙には殺人罪の故意がないから、殺人罪の共同正犯は成立しない(38条2項)では、傷害致死罪の共同正犯は成立するか。

ア. 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と解する。

イ. 殺人罪と傷害罪の構成要件は傷害罪の限度で形式的に重なり合うから、乙には、少なくとも傷害罪の限度で共同正犯が成立し得る。

(3) もっとも、甲が V を殺害したことについては、甲が殺人罪の故意を有する一方で、乙が傷害罪の故意しか有しないから、故意の内容が異なる者どうしの間で共同正犯が成立するか、すなわち共同正犯における罪名従属性が問題となる。

ア. 共同正犯の本質は特定の犯罪を共同して実現することにあるが、各共同者の故意が構成要件的に重なり合う限度では、共同して構成要件を実現したといえるから、共同正犯の成立が認められると解する。

イ. 殺人罪と傷害罪の構成要件は傷害罪の限度で形式的に重なり合うから、乙には、少なくとも傷害罪の限度で共同正犯が成立し得る。

(4) 最後に、共同正犯の成立範囲が原則として共謀した特定の犯罪に限定されることから、傷害罪についての共謀に基づくものとして傷害致死罪の共同正犯の成立を認めることができるかが問題となる。

ア. 基本犯には加重結果発生の高度の危険性が内包されているため、結果的加重犯の成立には加重結果についての過失は不要と解すべきである。そうすると、加重結果との関係における過失犯の共同正犯を問題にするまでもなく、結果的加重犯の共同正犯が認められる。

イ. したがって、乙には、甲との傷害についての共謀に基づいて、傷害致死罪の共同正犯が成立する。以上

総まくり 126 頁 [論点 4]、

論証集 64 頁 [論点 4]



## 第 28 問

総まくり 152 頁以下、論証  
集 74 頁以下、最決 H21.6.  
30 (百 I 97) 参考

### (事案)

甲と乙は、V 宅に侵入して金目のものを強取することについて合意した上で、甲が V 宅の窓から先に侵入して内側から玄関ドアの施錠を外して乙の侵入口を確保し、乙が玄関から V 宅に侵入した。

その直後、甲は、急遽、犯行の発覚が恐くなり、乙に対して「俺は先に帰る。捕まるのが怖い。」と一方的に伝えただけで、格別それ以降の犯行を防止する措置を講ずることなく、V 宅を後にした。

その後、乙は、V 宅に侵入した以上、何か金目のものを持って帰りたいとの思いから、1 人で犯行を継続することにし、リビングに向かい、そこに 1 人でいた V に対して殴る蹴るなどの暴行を加えて反抗を抑圧した上で、V が左腕に付けていた高級腕時計 (100 万円相当) を奪った。

### (設問)

甲及び乙の罪責について、論じなさい (特別法違反の点は除く。)

(参考答案)

## 1. 住居侵入罪

- (1) 「共同して犯罪を実行した」(刑法 60 条) というためには、共謀に基づく実行行為が必要である。
- (2) 甲と乙は、V 宅に侵入して金目のものを強取することについて共謀をした上で、甲が V 宅の窓から先に侵入して内側から玄関ドアの施錠を外して乙の侵入口を確保し、乙が玄関から V 宅に侵入することにより、「他人の住居…に侵入し…た」のだから、住居侵入罪(130 条前段)の共同正犯が成立する。

## 2. 強盗罪

- (1) 乙は、V に対して殴る蹴るなどの暴行を加えて反抗を抑圧した上で、V が左腕に付けていた高級腕時計(100 万円相当)を奪ったのだから、「暴行…を用いて他人の財物を強取した者」にあたり、乙には強盗罪(236 条 1 項)が成立する。
- (2) 甲は、乙に対して「俺は先に帰る。捕まるのが怖い。」と一方的に伝えて V 宅から立ち去っており、これにより共同正犯関係からの離脱が認められるのであれば、それ以降に行われた乙の強盗罪については、共謀に基づくものとは評価されないため、共同正犯とならない。

ア. 共同正犯の処罰根拠は構成要件的结果に対する因果性にあるから、自己の関与行為の因果性が除去されれば、共謀関係からの離脱が認められると解する。

イ. 甲は乙が強盗罪の実行に着手する前に離脱を凶っているところ、着手前の離脱では、①離脱の意思の表明と②他の共犯者による離脱の事実の認識により因果性の解消が認められるのが原則である。甲は、乙に対して「俺は先に帰る。捕まるのが怖い。」と伝えることで離脱の意思を表明し、乙もこれを認識しているから、①・②を満たす。

もっとも、本問では、甲が乙と共に住居侵入・強盗の共謀に基づいて強盗の手段である住居侵入を実行して共謀内容の一部を現実化したことにより、それを前提として甲の行為とは独立して強盗に至る因果関係が設定されているため、着手後の離脱に準じて、因果性の解消のために③積極的な犯行継続防止措置が必要であると解すべきである。にもかかわらず、甲は格別それ以降の犯行を防止する措置を講じることなく V 宅を立ち去っているため、③は認められず、因果性の解消は認められない。

したがって、共同正犯関係からの離脱が認められないため、甲にも強盗罪の共同正犯が成立する。 以上

総まくり 143 頁[論点 14]、  
論証集 75 頁[論点 14]

第 29 問

総まくり 159 頁以下、論証

集 77 頁以下

(事案)

甲は、乙から「金に困っている。このままでは生活ができない。」と相談を受けたところ、「資産家である V の自宅には金目のものがあるはずだから、V 宅に侵入して盗んできてはどうか。」と提案したところ、乙は、犯行を決意して、V 宅の窓からその中に侵入して、V 宅内にあった V 所有の高級腕時計（100 万円相当）を持って V 宅から出た。

(設問)

甲及び乙の罪責について、論じなさい（特別法違反の点は除く。）。

(参考答案)

1. 乙の罪責

- (1) 「侵入」(刑法 130 条前段)とは管理権者の意思に反する立入りを意味するところ、住居の管理者が窃盗目的での立入りを容認しないのは当然であるから、甲が窃盗目的で「人の住居」たる V 宅に窓から入ったことは、V の意思に反する立入りとして「侵入」に当たる。したがって、乙には住居侵入罪が成立する。
- (2) 乙は、V 宅内にあった V 所有の高級腕時計という「他人の財物」を持って V 宅から出たことで「窃取」したのだから、窃盗罪(235 条)が成立する。
- (3) 乙は、住居侵入罪と窃盗罪の罪責を負い、これらは手段と目的の関係にあるから牽連犯(54 条 1 項後段)となる。

2. 甲の罪責

- (1) 「教唆」(61 条 1 項)とは、いまだ犯罪の実行を決意していない他人をそそのかして当該他人に特定の犯罪を実行する決意を生じさせることをいう。  
甲は、乙から「金に困っている。このままでは生活ができない。」と相談を受けたところ、「資産家である V の自宅には金目のものがあるはずだから、V 宅に侵入して盗んできてはどうか。」と提案したところ、乙は犯行を決意した。したがって、甲は乙に対して V 宅における住居侵入・窃盗を「教唆」したといえる。
- (2) 乙が上記の 1 の通り V 宅における住居侵入・窃盗を実行したのだから、甲は V を「教唆して」V 宅における住居侵入・窃盗という「犯罪を実行させた」といえる。
- (3) したがって、甲には住居侵入罪及び窃盗罪の教唆犯が成立する。
- (4) 甲は、住居侵入罪の教唆犯と窃盗罪の教唆犯の罪責を負い、これらは教唆という甲の一個の行為により実現されているから観念的競合(54 条 1 項前段)となる。 以上

第 30 問

総まくり 156 頁以下、論証

集 84 頁以下、平成 26 年司

法試験参考

(事案)

1. 甲(23歳、女性)は、乙(24歳、男性)と結婚し、某年3月1日(以下「某年」は省略する。)、乙との間に長男Vを出産し、その後間もなく、乙と離婚し、6月1日頃から、甲方において丙と結婚をしないで同棲している。
2. 甲と丙は、Vの育児のことで意見が対立するようになり、口喧嘩をすることが多かった。
3. 甲は、「このままVがいれば、丙との関係が保てなくなるのではないか。」と不安になり、思い悩んだ末、6月末頃、丙に気付かれないようにVを殺害することを決意した。Vは、容易に入手できる安価な市販の乳児用ミルクに対してはアレルギーがあり、母乳しか飲むことができなかつたところ、甲は、「Vに授乳しなければ、数日で死亡するだろう。」と考え、7月1日朝の授乳を最後に、Vに授乳や水分補給(以下「授乳等」という。)を一切しなくなった。

このときまで、甲は、2時間ないし3時間おきにVに授乳し、Vは、順調に成育し、体重や栄養状態は標準的であり、特段の疾患や障害もなかった。通常、Vのような生後4か月の健康な乳児に授乳等を一切しなくなった場合、その時点から、①約24時間を超えると、脱水症状や体力消耗による生命の危険が生じ、②約48時間後までは、授乳等を再開すれば快復するものの、授乳等を再開しなければ生命の危険が次第に高まり、③約48時間を超えると、病院で適切な治療を受けさせない限り救命することが不可能となり、④約72時間を超えると、病院で適切な治療を受けさせても救命することが不可能となるとされている。

4. 7月2日昼前には、Vに脱水症状や体力消耗による生命の危険が生じた。丙は、その頃、Vが頻繁に泣きながら手足をばたつかせるなどしているのに、甲が全くVに授乳等をしないことに気付き、甲の意図を察知した。しかし、丙は、「Vが死んでしまえば、夜泣きに悩まされずに済む。Vは自分の子でもないし、普通のミルクにはアレルギーがあるから、俺がミルクを与えるわけにもいかない。Vに授乳しないのは甲の責任だから、このままにしておこう。」と考え、このままではVが確実に死亡することになると思いながら、甲に対し、Vに授乳等をするように言うなどの措置は何ら講じず、見て見ぬふりをした。

甲は、丙が何も言わないことから、「丙は、私の意図に気付いていないに違いない。Vが死んでも、何らかの病気で死んだと思うだろう。丙が気付いて何か言ってきたら、Vを殺すことは

諦めるしかないが、丙が何か言ってくるまではこのままにしていよう。」と考え、引き続き、Vに授乳等をしなかった。

5. 7月3日昼には、Vの脱水症状や体力消耗は深刻なものとなり、病院で適切な治療を受けさせない限り救命することが不可能な状態となった。同日昼過ぎ、丙は、甲が買物に出掛けている間に、Vを溺愛している甲の母親から電話を受け、同日夕方にVの顔を見たいので甲方を訪問したいと言われた。Vは、同日夕方に病院に連れて行って適切な治療を受けさせれば、いまだ救命可能な状態にあったが、丙は、「甲の母親は、Vの衰弱した姿を見れば、必ず病院に連れて行く。そうなれば、Vが助かってしまう。」と考え、甲の母親に対し、甲らと出掛ける予定がないのに、「あいにく、今日は、これからみんなで出掛け、帰りも遅くなるので、またの機会にしてください。」などと嘘をつき、甲の母親は、やむなく、その日の甲方訪問を断念した。
6. 7月4日夜、Vは脱水症状や体力消耗がより一層深刻になったことにより死亡した。

(設問)

甲及び丙の罪責について、論じなさい(特別法違反の点は除く。)

(参考答案)

1. 甲の罪責

甲がVに授乳等をしなくなった不作為について、殺人罪(刑法199条)は成立するか。

(1) 甲の不作為に殺人罪の実行行為性は認められるか。

ア. 予測可能性の保障という罪刑法定主義の要請に照らし、不真正不作為犯の成立には、不作為につき作為との同価値性が要求される。具体的には、①作為義務と②作為の可能性・容易性が必要である。

イ. 甲は、Vの親権者として、Vに対して必要な監護を行うべき民法上の地位(民法818条1項、820条)に基づき、Vと同居してVについて授乳等をはじめとする養育を行ってきた。しかも、Vは、市販の乳児用ミルクに対するアレルギーにより母乳しか飲むことができなかつたため、授乳等をやめてから24時間を越えると生命に危険が生じ、時間の経過とともにその危険は高まっていく。そして、甲方においてVに授乳等ができるのは甲だけであつたのだから、甲に対してVの生命を保護することが社会的に期待される状況にあつたといえる。したがって、甲には、Vに対して授乳等をする作為義務が認められる(①)。そして、上記のいずれの作為についても、それを妨げる事情がないことから、可能性・容易性がある(②)。したがって、甲には不真正不作為犯が成立し、甲の不作為には殺人罪の実行行為性が認められる。

(2) 「実行に着手」(43条本文)とは、構成要件的结果発生の現実的危険のある行為に着手した時点で認められる。

甲が授乳等をしなくなった7月1日朝から24時間を超えた7月2日昼の時点で、Vに脱水症状や体力消耗による生命の危険が生じた(問題文①参照)。したがって、甲は、7月2日昼の時点で、V死亡の現実的危険のある不作為に着手したとして殺人罪の「実行に着手」したといえる。

(3) 甲の不作為により、7月4日の夜、Vは脱水症状や体力消耗がより一層深刻となつたことにより死亡したため、甲は不作為によりVを「殺した」といえる。

(4) 故意(38条1項本文)とは、構成要件該当事実の認識・認容を意味する。

甲は、6月末頃にVを殺害することを決意した上、7月1日朝から、「Vに授乳しなければ、数日で死亡するだろう」というV死亡の蓋然性の認識を有しながら不作為を継続することでV死亡を認容しているから、殺人罪の故意が認められる。

(5) したがって、甲には殺人既遂罪が成立する。

総まくり 21頁 [論点1]、  
論証集 14頁

## 2. 丙の罪責

### (1) 殺人罪の共同正犯

7月2日昼前において、丙は、甲のVを殺害する意図に基づいてVに授乳等をしないという不作為に及んでいることを察知した上で、このままではVが確実に死亡すると思いながら見て見ぬふりをしているから、不作為の形態により甲の不作為に加功したといえる。もっとも、甲は「丙は、私の意図に気付いていないに違いない」と認識しているから、甲丙間におけるV殺害の共謀の成立は認められない。そうすると、丙は、片面的な共同実行の意思に基づいて甲と共に不作為を共同実行したといえる。

そして、共同正犯の本質である心理的因果性を欠く片面的共同正犯は否定されると解される。

したがって、丙には、殺人罪の共同正犯(60条)は成立しない。

### (2) 不作為による殺人罪の同時正犯

ア. 丙が、7月2日昼の時点から甲に対しVに授乳等をするように言うなどの措置を講じなかった不作為

丙は、Vの親権者ではないから、民法上、Vを監護するべき地位にない。また、Vの生命の危険を生じさせたのは甲であるし、授乳等を行えるのも甲自身である。したがって、少なくとも7月2日昼から7月3日昼までについては、丙について、Vを病院に連れて行く作為義務を認めることはできないから、上記アの不作為について、殺人罪は成立しない。

イ. 丙が、7月3日昼過ぎに甲の母親に嘘をつき母親の訪問を妨げた時点以降の不作為

7月3日昼、丙は、甲の母親から電話が来た際に、甲の母親に対し、甲らと出掛ける予定がないのに、「あいにく、今日は、これからみんなで出掛け、帰りも遅くなるので、またの機会にしてください。」などと嘘をつき、甲の母親は、やむなく、その日の甲方訪問を断念した。この丙による訪問妨害は、Vを監護しないという不作為の一環であり、作為ではない。では、作為義務は認められるか。

Vの救命措置が第一次的に求められるのは、故意によりV死亡の生命の危険を創出し、かつ、Vの監護義務者でもある甲であるから、丙についてVを病院に連れて行く作為義務を認めることはできない。

ウ. したがって、不作為の殺人罪の同時正犯は成立しない。

### (3) 不作為による殺人罪の幫助犯(62条1項)

7月3日朝以降は、Vが病院で適切な治療を受けさせない限

総まくり 127頁 [論点5]、

論証集 65頁 [論点5]

り救命することが不可能な状態になるのだから（問題文③参照）、甲にはVを病院に連れて行くという作為義務が認められる。そして、この作為は可能・容易であるから、7月3日朝以降は、甲にはVを病院に連れて行くという作為義務の違反による殺人罪の実行の着手も認められる。以下では、甲の上記作為義務による実行行為に対する丙の幫助を検討する。

ア．不作為による幫助犯の成立には、①正犯の実行を阻止する作為義務と、②作為の可能性・容易性が必要であると解する。

総まくり 132 頁 [論点 8]、

論証集 68 頁 [論点 8]

7月3日昼過ぎの時点では、病院で適切な治療を受けさせない限り救命できない程度までにVの生命の危険は高まっていた。このような状況下で、丙は甲の母親に嘘をつくという積極的な行為により、甲の母親の訪問を妨げ、甲の母親がVを病院に連れて行き適切な治療を受けさせるという機会を喪失させた。そこで、上記時点以降、丙には、甲に対してVを病院に連れくよう指図等する作為義務が認められるというべきである(①)。また、この作為は可能かつ容易であるから(②)、丙には不作為による幫助犯が成立し得る。

イ．甲が丙の不作為による幫助行為を認識していないため、片面的幫助の肯否が問題となる。

幫助犯の処罰根拠は、正犯行為を介した法益侵害の間接惹起にある。そして、物理的幫助であれば、正犯が幫助行為を認識してなくても、正犯の犯罪遂行を物理的に促進することが可能であるから、片面的幫助が認められると解する。

総まくり 156 頁 [論点 2]、

論証集 84 頁 [論点 2]

ウ．丙は、上記不作為により、甲の不作為及びそれに基づくVの救命可能性の減少を物理的に促進したのだから、甲を片面的に「幫助」したといえる。

エ．丙は、甲の不作為及び「Vが確実に死亡することになるだろう」というV死亡の蓋然性を認識しながら、不作為に及んでいるから、甲の不作為の促進及びV死亡惹起の認識・認容があったといえ、殺人罪の幫助の故意も認められる。

オ．したがって、丙には殺人既遂罪の幫助犯が成立する。以上



(参考文献)

- ・「刑法総論」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「刑法各論」第2版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「CRIMINAL LAW 刑法」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「新判例から見た刑法」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「基本刑法Ⅰ総論」第3版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)  
→第2版を参照している箇所では「基本刑法第2版○頁」と表記
- ・「基本刑法Ⅱ各論」第2版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)
- ・「刑法総論」第3版(著:高橋則夫-成文堂)
- ・「刑法各論」第4版(著:高橋則夫-成文堂)
- ・「刑法総論」第3版(著:西田典之-法律学講座双書)
- ・「刑法各論」第7版(著:西田典之-法律学講座双書)
- ・「刑法総論講義」第6版(著:前田雅英-東京大学出版会)
- ・「刑法各論講義」第6版(著:前田雅英-東京大学出版会)
- ・「講義刑法学・総論」初版(著:井田良-有斐閣)
- ・「刑法総論講義案」三訂補訂版(司法協会)
- ・「刑法総論の考え方・楽しみ方」初版(著:佐伯仁志-有斐閣)
- ・「刑法と民法の対話」初版(著:佐伯仁志・道垣内弘人-有斐閣)
- ・「罪数論の研究」補訂版(著:只木誠-成文堂)
- ・「刑法判例百選Ⅰ総論」第8版(有斐閣)
- ・「刑法判例百選Ⅱ各論」第8版(有斐閣)
- ・「最新重要判例250刑法」第11版(著:前田雅英-弘文堂)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和2年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2021(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)