

第 36 問

総まく 195 頁以下、論証集

(事案)

甲は、路上で泥酔して寝ている V を自宅で姦淫するために、V を自分の自動車に乗せて運転を開始したところ、自動車の衝突事故を起こし、その際の衝撃で泥酔中の V が負傷して目を覚ました。

109 頁以下

(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Vを自分の自動車に乗せて運転を開始したところ、自動車の衝突事故によりVが負傷したことについて、監禁致傷罪(刑法221条)が成立するか。
2. 甲が泥酔して寝ているVを自動車に乗せて運転を開始した時点で「監禁」(220条)に当たり得るかが問題となる。
 - (1) 逮捕・監禁罪の保護法益は、人の場所的移動の現実的自由ではなく可能的自由であると理解するべきである。そうすると、被害者の監禁状態の認識や移動意思がなくても、可能的自由が侵害されたとして「監禁」が認められ得る。
 - (2) したがって、甲がVを自動車に乗せて運転を開始した時点ではVが泥酔して寝ており監禁状態を認識していないものの、同時点から「監禁」に当たり得る。
3. 「監禁」とは、一定の場所からの脱出を不可能又は著しく困難にして人の場所的移動の自由を奪うことを意味する。

甲がVを自動車に乗せて運転を開始した行為は、自動車からの脱出を不可能又は著しく困難にするものであるから、「監禁」に当たる。
4. 甲には監禁の認識・認容もあるから、監禁罪の故意(38条1項本文)もある。
5. 甲は監禁罪という「前条の罪を犯し」ており、監禁中に自動車の衝突事故によりVが負「傷」している。

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ところ、被害者を自動車に乗せて走行するという監禁行為には、その性質上、自動車の衝突事故により被害者を死傷させる危険が内在しているといえるから、この危険がVの負傷へと現実化したといえ、甲の監禁行為とVの負傷との間の因果関係が認められる。したがって、甲は「前条の罪を犯し、よって人を」負「傷させた」といえる。
6. よって、甲には監禁致傷罪が成立する。 以上

総まくり 196頁 [論点1]、

論証集 109頁 [論点1]

第 37 問

総まくり 198 頁以下、論証
集 111 頁、平成 26 年司法
試験参考

(事案)

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、乙名義で借りたアパートの一室において3人で暮らしていたが、5月1日、乙と離婚しないまま別居することになり、乙が同アパートから出て行った。乙は、その際、甲から「二度とアパートには来ないで。アパートの鍵は置いていって。」と言われ、同アパートの玄関の鍵を甲に渡したものの、以前に作った合鍵1個を甲に内緒で引き続き所持していた。その後、甲は、名義を変えることなくVと一緒に同アパート（以下「甲方」という。）に住み続け、自分でその家賃を支払うようになった。

乙は、7月1日、歩いて甲方の近くまで行き、甲方の様子をうかがっていたところ、甲が外出して近所の食堂に入ったのを見た。乙は、やはり自分の手でVを育てたいと思い、甲が外出している隙に、甲に無断でVを連れ去ろうと考え、持っていた合鍵を使い、玄関のドアを開けて甲方に立ち入り、Vを抱きかかえて甲方から連れ去った。

(設問)

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. 乙が合鍵を使って玄関のドアを開けて甲方に立ち入った行為について、住居侵入罪(刑法130条前段)が成立するか。

(1)「人の住居」とは、行為者自らが居住者でない住居をいう。

確かに、乙は、甲と離婚していないため、未だに甲の配偶者に当たる。しかし、乙と甲が別居してから2か月も経過している。また、乙は、別居する際に甲にアパートの鍵を渡している。そうすると、乙が甲方に立ち入った時点では、乙による甲方での居住の実態は失われている。したがって、もはや乙が甲方の居住者であるとはいえないから、甲方は「人の住居」に当たる。

(2)「侵入」は、管理権者の意思に反する立ち入りを意味する。

甲は、別居する際、乙に対して「二度とアパートには来ないで。アパートの鍵は置いていって。」と言い、乙から同アパートの鍵1本を受け取っているから、そもそも乙が甲に無断で甲方に立ち入ることは想定していない。しかも、乙は甲と一緒に暮らしている長男Vを連れ去る目的で立ち去っているのだから、そのような目的による乙の立ち入りを甲が容認するはずがない。したがって、乙の立ち入りは、甲方の管理権者である甲の意思に反するものであるといえ、「侵入」に当たる。

(3)したがって、乙には住居侵入罪が成立する。

2. 乙が「未成年者」であるVを抱きかかえて甲方から連れ去った行為には未成年者略取罪(224条)が成立しないか。

(1)「略取」とは、暴行又は脅迫を手段として、人をその生活環境から不法に離脱させ、自己又は第三者の実力支配下に移すことを意味する。

乙は、Vを抱きかかえるという暴行によりVを甲方から連れ去ることで、甲方という生活環境からVを不法に離脱させ、自己の実力支配下に移すことで、Vを「略取」した。

(2)乙は、Vの法律上の父として、甲とともに、Vに対する親権を有する(民法818条1項、3項本文)。そこで、親権者の一方も未成年者略取罪の主体になるかが問題となる。

ア. 本罪の保護法益には監護権者の監護権だけでなく未成年者の安全も含まれ、親権者による誘拐も未成年者の安全を害するおそれがあるから、親権者も本罪の主体になると解する。

イ. したがって、乙も未成年者略取罪が成立する。

(3)乙にはVを略取する認識・認容もあるから、本罪の故意(38条1項本文)もあり、未成年者略取罪が成立する。

3. 乙は、住居侵入罪と未成年者略取罪の罪責を負い、これらは手段・目的の関係にあるため牽連犯(54条1項後段)となる。以上

総まくり 198頁 [論点1]、
論証集 111頁 [論点1]

第 38 問

総まくり 201 頁以下、論証

集 112 頁

(事案)

甲（男性、30歳）は、学生時代に乙（男、30歳）を中心とするグループからいじめを受けていたことから、専ら復讐をする目的で、乙の交際相手であるV（女、25歳）に対して、暴行を加えてその抵抗を著しく困難にした上で、その陰部や胸部を触るなどして、その様子をスマートフォンで撮影・保存した。

甲は、復讐目的を果たしたためにその場から逃走しようとしたところ、Vが甲の逃走を阻止するために甲のTシャツを掴むなどしたため、自己の上半身を左右に激しくひねるなどした結果、その際の衝撃でVが負傷した。

(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 V の陰部や胸部を触るなどしてその様子をスマートフォンで撮影・保存した後、V から T シャツを掴まれた状態で自己の上半身を左右に激しくひねるなどした結果、その際の衝撃で V が負傷したことについて、強制わいせつ致傷罪（181 条 1 項）が成立するか。

2. 25 歳である V という「13 歳以上の者」を相手方とする強制わいせつ罪（176 条）では、「暴行又は脅迫」を要する。

本罪の「暴行又は脅迫」は、相手方の反抗を著しく困難にする程度のものであることを要する。

30 歳の男性である甲は、25 歳の女性である V に対して暴行を加えてその抵抗を著しく困難にしているのだから、V に対して本罪の「暴行」を行ったといえる。

3. 「わいせつな行為」とは、被害者の性的羞恥心を害する行為をいう。

甲が V の陰部や胸部を触るなどしてその様子をスマートフォンで撮影・保存したことは、V の性的羞恥心を害するものだから、「わいせつな行為」に当たる。

4. 甲は、上記「暴行」により V の抵抗を著しく困難にした上で上記「わいせつな行為」に及んだのだから、「暴行…を用いてわいせつな行為をした」といえる。

5. 甲には本罪の故意（38 条 1 項本文）もある。もっとも、甲は、専ら復讐をする目的で行為に及んでいるため、性的意図を有しない。

(1) 176 条の法文では性的意図について規定されていないし、性犯罪に関する平成 16・29 年改正は性犯罪やその被害の実態に対する社会一般における受け止め方の変化を反映したものである。そこで、性的意図は強制わいせつ罪の成立要件そのものとはならないと解する。

(2) したがって、性的意図を有しない甲も強制わいせつ罪の主観的構成要件を満たし、強制わいせつ罪が成立する。

6. V は負傷しているが、これは強制わいせつの手段である暴行やわいせつ行為自体から生じたものではないから、V の負傷も強制わいせつ致傷罪における負「傷」に含まれるかが問題となる。

(1) 本罪の重罰根拠は強制わいせつの犯人が被害者を死傷させる類型的危険にあり、このような類型的危険は随伴行為にも認められる。そこで、「死傷」の原因行為には、強制わいせつに随伴する行為も含まれると解すべきである。

(2) 甲は、復讐目的を果たしたためにその場から逃走しようとしたところ、V が甲の逃走を阻止するために甲の T シャツを掴む

総まくり 202 頁 [論点 1]、
論証集 112 頁 [論点 1]

総まくり 205 頁 [論点 1]、
論証集 113 頁 [論点 2]

などしたため、自己の上半身を左右に激しくひねるなどした結果、その際の衝撃で V が負傷している。甲が逃走のために上半身を左右に激しくひねったという行為は、強制わいせつの直後に、同じ場所で行われている。しかし、甲の上記行為は、わいせつ行為による復讐目的を果たしたと考えて逃走するために行われたものだから、当初のわいせつ行為の際の意思との連続性がない。したがって、甲の行為は強制わいせつに随伴する行為に当たらない。よって、甲の行為から生じた V の負傷は本罪の負「傷」に含まれないから、強制わいせつ致傷罪は成立せず、強制わいせつ罪（176 条）が成立するにとどまる。

7. 甲が V を負傷させた点については、V に T シャツを掴まれた状態で自己の上半身を左右に激しくひねるといふ暴行により V を負傷させたとして、傷害罪（204 条）が成立し、これと強制わいせつ罪とは観念的競合（54 条 1 項後段）となる。 以上

随伴行為性は、①意思の同一性と②時間的・場所的接着性から判断される（百 II 15 解説）。

第 39 問

総まくり 211 頁以下、論証

集 117 頁以下、平成 30 年

司法試験設問 1 参考

(事案)

1. 甲（男性、17 歳）は、私立 A 高校（以下「A 高校」という。）に通う高校 2 年生であり、A 高校の P T A 会長を務める父乙（40 歳）と二人で暮らしていた。
2. 7 月某日、甲は、他校の生徒と殴り合いのけんかをして帰宅した際、乙から、顔が腫れている理由を尋ねられ、他校の生徒とけんかをしたことを隠そうと思い、とっさに乙に対し、「数学の丙先生から、試験のときにカンニングを疑われた。カンニングなんかしていないと説明したのに、丙先生から顔を殴られた。」とうその話をしたところ、乙は、その話を信じた。

乙は、かねてから丙に対する個人的な恨みを抱いていたことから、この機会に恨みを晴らそうと思い、丙が甲に暴力を振るったことを A 高校の P T A 役員会で問題にし、そのことを多くの人に広めようと考えた。そこで、乙は、P T A 役員会を招集した上、同役員会において、「2 年生の数学を担当する教員がうちの子の顔を殴った。徹底的に調査すべきである。」と発言した。なお、同役員会の出席者は、乙を含む保護者 4 名と A 高校の校長であり、また、A 高校 2 年生の数学を担当する教員は、丙だけであった。

3. 前記 P T A 役員会での乙の発言を受けて、A 高校の校長が丙やその他の教員に対する聞き取り調査を行った結果、A 高校の教員 25 名全員に丙が甲に暴力を振るったとの話が広まった。丙は、同校長に対し、甲に暴力を振るったことを否定したが、当分の間、授業を行うことや甲及び乙と接触することを禁止された。

(設問)

乙の罪責について、論じなさい（業務妨害罪及び特別法違反の点は除く。）。

なお、乙には、公益を図る目的はなかったものとする。

(参考答案)

1. 乙が PTA 役員会において「2 年生の数学を担当する教員がうちの子の顔を殴った。徹底的に調査すべき。」と発言したことについて、丙に対する名誉毀損罪（刑法 230 条 1 項）が成立しないか。

2. まず、「公然」とは、摘示された事実を不特定又は多数人が認識し得る状態を意味する。そして、本罪は人の外部的名誉を保護法益とする抽象的危険であるところ、事実摘示の直接の相手方が特定かつ少数人であっても、その者らを通じて不特定又は多数人へと伝播する可能性がある場合には、人の外部的名誉に対する抽象的危険が認められるから、「公然」に当たると解すべきである。

総まくり 212 頁 [論点 1]、

論証集 117 頁 [論点 1]

確かに、乙による発言の直接の相手方である PTA 役員会の出席者は乙を除く保護者 3 名及び A 高校校長という特定かつ少数人である。しかし、学校内の教員による暴力事件については学校内で聞き取り調査が行われるのが通常であることに加え、PTA 会長である乙が「徹底的に調査すべき。」と発言していることから、事実摘示の直接の相手方である校長により摘示された暴力事件について教員に対する聞き取り調査が行われることを通じて、同事件について A 高校の他の教員の全員や生徒といった多数人へと伝播する可能性がある。また、参加した保護者による噂話により不特定または多数の保護者に伝播する可能性もある。したがって、「公然」に当たる。

3. 次に、本罪の保護法益が人の外部的名誉であることから、「事実を摘示」とは、人の社会的評価を低下させるおそれのある具体的な事実を表示することを意味する。

A 高校の 2 年生の数学を担当する教員が丙だけであることから、乙の発言において「子の顔を殴った」とされている「2 年生の数学を担当する教員」が丙であることは、学校関係者である保護者や教員・校長において推知できることである。そして、丙が乙の子の顔を殴ったという具体的事実は、暴行罪（208 条）又は傷害罪（204 条）に当たるから、人の丙に対する高校教員としての社会的評価を低下させるおそれがあるといえる。したがって、「事実を摘示」にも当たる。

4. そして、本罪が抽象的危険犯であることから、「人の名誉を毀損した」とは、人の社会的評価を低下させるおそれのある状態を発生させたことで足り、現実にこれを低下させたことまでは必要とされない。

そうすると、前記 2・3 の要件に該当することから、丙という「人の名誉を毀損した」ともいえる。

5. さらに、乙には伝播可能性や事実摘示についての認識・認容も

あるから、構成要件の故意がある。

6. 加えて、乙の発言は丙に対する恨みを晴らすという公益目的と関係がない動機に基づくから、230条の2、さらには正当行為(35条)としての違法性阻却はない。

7. 最後に、乙は発言にかかる事実を真実であると誤信しているが、公益目的を欠くため、乙の認識を前提として230条の2の要件が満たされることはない。

したがって、違法性阻却事由の認識があるとして責任故意が阻却されることもない。

8. 以上より、乙には丙に対する名誉毀損罪が成立する。 以上

