

第 1 問

(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。)

(解説)

1. 第1問は、刑事未成年者を利用する間接正犯に関する基本的な理解を問う問題である。

令和4年予備試験設問1参考

2. 解答のポイント

(1) 問題の所在

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」することで、自ら窃盗罪(235条)の実行行為を行っているように見える。そうすると、Xの窃盗罪の実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)が成立するととどまると思える。

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、甲が窃盗罪の間接正犯になるとも考え得る。

このように、正犯の構成要件該当性が認められる事例において、内部的な事実上の区別として、構成要件的行為(≒実行行為)を自ら行った者として正犯と評価されるのはXと甲のいずれであるかが問題となる。このように、間接正犯の成否は、本来は、実行行為性ではなく、正犯性の問題なのである。

(2) 間接正犯の成否

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、構成要件の結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。

基礎応用12頁[論点1]、論証集3頁[論点1]

②は道具性とも呼ばれる要件であり、一方的な利用・支配関係により判断される。

Xは12歳であるから刑事未成年者(41条)であるものの、その年齢からして実質的には是非弁別能力を有している以上、命じられた犯罪行為を行うに当たり、規範的障害に直面するから、当然に道具性が認められるわけではない。このように、刑事未成年者のうち実質的には是非弁別能力を有する者を利用する場合において、②道具性が認められるためには、被利用者が利用者により意思を抑圧されていたことが必要である。判例も同様の立場である。

例えば、被利用者が機械的に動いただけであり、自己が利得する意思もない場合には、意思の抑圧による道具性が認められる傾向にある。昭和58年決定は、Aは、日頃Aの言動に逆らう素振りを見せる都度顔面にタバコの火を押しついたりドライバーで顔をこすったりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせていた養女B(当時12歳)に対し、窃盗を命じてこれを行わせたという事案において、「Aは、当時12歳の養女Bを連れて四国88ヶ所札所等を巡礼中、日頃Aの言動に逆らう素振りを見せる都度顔

基礎応用13頁、論証集4頁、最決S58.9.21・百I74

面にタバコの火を押しつけたりドライバーで顔をこすりつたりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせていた B に対し、本件各窃盗を命じてこれを行わせたというのであり、これによれば、A が、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている B を利用して右各窃盗を行ったと認められるのであるから、たとえ所論のように B が是非善悪の判断能力を有する者であつたとしても、A については本件各窃盗の間接正犯が成立すると認めるべきである。」と判示している。

反対に、被利用者が自己の意思により犯罪の実行を決意し、臨機応変に対処して犯罪を完遂したなどの場合には、道具性が否定される。この場合、利用者は共謀共同正犯となるのが通常である（共謀共同正犯の成立要件が否定されるときは、教唆犯となる）。平成 13 年決定は、A は、V から金品を強取しようとして 12 歳の息子 B に対して強盗を指示したところ、息子 B は強盗を決意した上で臨機応変に対処して本件強盗を完遂したという事案において、「本件当時 B には是非弁別の能力があり、A の指示命令は B の意思を抑圧するに足る程度のものではなく、B は自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らかである。これらの事情に照らすと、…A につき本件強盗の間接正犯が成立するものとは、認められない。そして、A は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、B に対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、B が奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、A については本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立するものと認められる。」と判示している。

本問では、こうした判例の立場を踏まえながら、X の道具性を検討することとなる。

基礎応用 15 頁、論証集 4 頁、
最決 H13.10.15

(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」することで、自ら窃盗罪（刑法 235 条）の実行行為を行っているように見える。そうすると、X の窃盗罪の実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、甲には窃盗罪の間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、間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、その実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、甲には窃盗罪の間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実行行為を行ったものとして正犯となる。
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

(事案)

1. 暴力団組長である甲は、同組幹部の A が対立する暴力団に情報提供していることを知り、A の殺害を決意し、A に睡眠薬を混入させた飲料を飲ませて眠らせた上、A を車のトランク内に閉じ込め、ひとけのない山中の採石場で車ごと燃やして A を殺害することとした。甲は、A を殺害する時間帯の自己のアリバイを作っておくため、A に睡眠薬を飲ませて車のトランク内に閉じ込めるところまでは甲自身が行うものの、採石場に車を運んでこれを燃やすことは、末端組員である乙（20 歳）に指示して実行させようと計画した。ただし、甲は、乙が実行をちゅうちょしないよう、乙にはトランク内に A を閉じ込めていることは伝えないこととした。
2. 甲は、上記計画を実行する当日夜、自己所有の普通乗用自動車（以下「B 車」という。）を運転して A との待ち合わせ場所に向かい、A を B 車助手席に乗せて B 車を運転して出発し、走行中の車内で、致死量に満たない睡眠薬の入ったコーヒーを A に差し出した。A は、甲の意図に気付くことなくこれを飲み干し、その約 30 分後、昏睡状態に陥った。甲は、A が昏睡したことを確認し、ひとけのない場所に B 車を止め、車内で A の手足をロープで縛り、A が自由に動けないようにした上、昏睡したままの A を助手席から引きずり出して抱え上げ、B 車のトランク内に入れて閉じ込めた。
3. その後、甲は、給油所でガソリン 10 リットルを購入し、B 車の後部座席にそのガソリンを入れた容器を置いた上、B 車を運転して乙宅に行った。甲は、乙に対し、「この車を廃車にしようと思うが、手続が面倒だから、お前と何度か行ったことがある採石場（以下「本件採石場」という。）の駐車場に持って行ってガソリンをまいて燃やしてくれ。ガソリンはもう後部座席に積んである。」などと言い、トランク内に A を閉じ込めた状態であることを秘したまま、B 車を燃やすよう指示した。乙は、組長である甲の指示であることから、これを引き受けた。
4. 甲が乙宅から帰宅した後、乙は、一人で B 車を運転し、甲に指示された本件採石場に向かった。乙の運転開始から約 1 時間後、乙は、トランク内から人の声が聞こえたことから、道端に B 車を止めてトランクを開けてみた。トランク内には、A が手足をロープで縛られて横たわっており、「助けてくれ。出してくれ。」と言って乙に助けを求めてきた。乙は、この時点で、甲が自分に事情を告げずに B 車を燃やすように仕向けて A を焼き殺すつもりだったのだと気付いた。乙は、A を殺害することにちゅうちょしたが、組長である甲の指示であることや、乙自身、日頃、A からいじめを受けて A に恨みを抱いていたことから、A をトランク内に閉じ込めたまま B 車を燃やし、A を焼き殺すことを決意した。
5. 乙は、その後、山中を約 1 時間走行し、本件採石場に到着した

後、B車を燃やしてAを殺害する意思で、B車後部座席に容器に入れて置いてあったガソリン10リットルをB車の車内及び外側のボディに満遍なくまき、B車の東方約5メートルの地点まで離れた上、丸めた新聞紙にライターで火をつけてこれをB車の方に投げ付けた。すると、その火は、乙がまいたガソリンに引火し、B車全体が炎に包まれて、トランク内にいたAは焼死した。

(設問)

甲及び乙の罪責について、殺人罪に絞って論じなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第2問は、利用行為の着手後に被利用者が利用者の犯罪計画を知り道具性が失われたにもかかわらず指示された犯罪を実行したという事案を通じて、間接正犯と共犯に関する応用的な理解を問う問題である。

平成25年司法試験参考
基礎応用17頁[事例1]、論
証集9頁[判例1]

2. 解答のポイント

(1) 甲の罪責

ア. 殺人既遂罪の成否

甲は、乙をしてB車に放火させてAを死亡させるために、乙に対してB車に放火するように指示をして、乙はB車に放火することでAを死亡させている。甲には、Aに対する殺人既遂罪(199条)が成立しないか。

(ア) 間接正犯の成立要件

甲については間接正犯の成否が問題になるところ、本問の事情の下では、甲の正犯意思は認められるとともに、少なくとも甲が乙に指示をした利用行為に着手時点では道具性も認められる。もっとも、乙は、B車の走行途中でB車内にAが監禁されていることと、甲がB車内のAを焼き殺すつもりであることに気が付いた上で、組長である甲の指示であることだけでなく、日頃自分をいじめていたAに対する恨みも理由として、V殺害を決意しているから、この時点で道具性が失われる。

基礎応用12頁[論点1]、論
証集3頁[論点1]

(イ) 間接正犯の実行の着手時期

甲の利用行為の着手後に乙の道具性が失われたからといって、当然に間接正犯の成立が否定されるわけではない。

間接正犯の実行の着手時期を被利用者の行為の開始時に求める被利用者標準説からは、間接正犯の実行の着手前に道具性は失われているため間接正犯は成立しない。

基礎応用17頁[事例1]、論
証集9頁[事例1]

これに対し、間接正犯の実行の着手時期を利用行為の開始時に求める利用者標準説からは、間接正犯の実行の着手後に道具性が失われているにとどまるから、甲は殺人罪の間接正犯の「実行に着手」(43条本文)したといえ、少なくとも殺人未遂罪の間接正犯は成立する。

(ウ) 因果関係

利用者標準説の立場からも、当然に殺人既遂罪の間接正犯の成立まで認められるわけではない。甲の指示とAの死亡との間には、乙が甲のA殺害計画を認識しながらA殺害を決意して実行したという事情が介在しているため、因果関係の有無が問題となる。この因果関係も危険の現実化説(判例)によって判断されるところ、乙の行為が結果発生の直接的原因となっているため、高速道路侵入事件型の事案であり、甲の

基礎応用35~36頁、論証集
20頁、最決H15.7.16・百I

指示（実行行為）と乙の行為（介在事情）との間に支配・誘発・起因という強い結びつきが必要とされる。

乙が甲の A 殺害計画を認識しながらも躬行性の強い殺人を決意・実行したという介在事情の異常性は強いから、これが甲の指示に支配されていたとまでは評価できない。したがって、甲の指示の危険性が A 死亡へと現実化したとはいえず、因果関係は認められない。

よって、甲には、殺人未遂罪の間接正犯（203条、199条）が成立するにとどまる。

イ. 殺人既遂罪の共犯

甲には殺人未遂罪の間接正犯が成立するにとどまると結論付けた場合には、別途、殺人既遂罪の共犯の成否が問題となる。

（ア）共同正犯

甲には、A 殺害のために乙に指示をしていることから、殺人について片面的な共同実行の意思が認められるが、甲乙間で成立している共謀は放火に関するものにとどまり、A 殺害についての共謀の成立は認められない。そのため、甲については、片面的共同正犯の成否が問題となる。

共同正犯の処罰根拠は法益侵害の共同惹起という因果性にあるところ、共同正犯では法益侵害惹起の共同性を担保するための特別の要件として意思連絡による心理的因果性が不可欠であると理解する立場からは、意思連絡を欠く片面的共同正犯は認められないと解することとなる。判例も、片面的共同正犯を否定している。

したがって、殺人既遂罪の共同正犯は成立しない。

（イ）教唆犯

共同正犯の成立を否定した場合、教唆犯の成否が問題となる。

ここでは、①「教唆」の成否、②「教唆」の因果性、③間接正犯の認識で教唆犯を実現した場合における故意の成否（抽象的事実の錯誤の一種）及び④因果関係の錯誤が論点となる。

いずれの論点もクリアすると、殺人既遂罪の教唆犯の成立が認められる。

（2）乙の罪責

乙は、A を焼き殺すという殺人の故意に基づき、ガソリン 10 リットルを B 車の車内及び外側のボディに満遍なくまいた上で丸めた新聞紙にライターで火をつけてこれを B 車の方に投げ付るといふ殺人罪の実行行為を行い、それによって、その火が上記ガソリンに引火し、B 車全体が炎に包まれてトランク内にいた A は焼死している。

したがって、乙には殺人既遂罪が成立する。

基礎応用 137 頁 [論点 5]、
論証集 65 頁 [論点 5]、大判
T11.2.25

(参考答案)

第1. 甲の罪責

1. 甲は、乙をしてB車に放火させてAを死亡させるために、乙に対してB車に放火するように指示をして、乙はB車に放火することでAを死亡させている。甲には、Aに対する殺人既遂罪(刑法199条)が成立しないか。

(1) 甲は自ら直接にAを殺害しているわけではないから、甲については間接正犯の成否が問題となる。

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、構成要件の結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、対立する暴力団に情報提供をしたAを報復のために殺害するという正犯意思に基づき(①)、乙に対して事情を秘したままB車を燃やすように指示をした。この時点では、乙は、甲がB車内のAを殺害するつもりであることを認識していなかったのだから、暴力団の組長と末端組員との間における主従関係により甲から一方的に利用・支配される道具であったといえる(②)。もっとも、乙は、B車の走行途中でB車内にAが監禁されているに気が付くとともに、甲がB車内のAを焼き殺すつもりであることに気が付いている。そして、殺人罪の躬行性の高さからすれば、乙がAの焼殺を決意し実行した主たる理由は、組長である甲の指示であることではなく、日頃自分をいじめていたAに対する恨みにあるといえる。したがって、乙が甲の殺意に気が付いた時点で乙の道具性は失われる(②)。

(2) そこで、甲は乙の道具性が失われる前に殺人罪の間接正犯の「実行に着手」(43条本文)したといえるかが問題となる。

間接正犯においては被利用者の行為は利用者の利用行為の因果的経過にすぎないから、利用者の利用行為の時点で実行の着手が認められると解する。

本問では、甲の指示から乙の知情までの間に乙の道具性が認められるのだから、甲は乙の道具性が失われる前に殺人罪の間接正犯の「実行に着手」したといえる。

(3) 甲の指示とAの死亡との間には、乙が甲のA殺害計画を認識しながらA殺害を決意して実行したという事情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。

確かに、甲の指示がなければ、乙がB車内にAが監禁されていることと甲のA殺害計画を認識したことを契機としてA殺害を決意・実行することはなかったのだから、甲の指示とAの死亡との間には条件関係がある。

しかし、乙が甲のA殺害計画を認識しながらも躬行性の強い殺人を決意・実行したという介在事情の異常性は強いから、これが甲の指示に支配されていたとまでは評価できない。そのため、甲の指示の危険性がA死亡へと現実化したとはいえず、因果関係は認められない。

(4) 甲には殺人罪の故意(38条1項本文)があるものの、因果関係を欠くため、殺人未遂罪の間接正犯(203条、199条)が成立するにとどまる。

2. 次に、殺人既遂罪の共同正犯(60条)は成立するか。

甲には、A殺害のために乙に指示をしていることから、殺人について片面的な共同実行の意思が認められるが、甲乙間で成立している共謀は放火に関するものにとどまり、A殺害についての共謀の成立は認められない。

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認められないと解する。

したがって、殺人既遂罪の共同正犯は成立しない。

3. それでは、殺人既遂罪の教唆犯(61条1項)は成立するか。

(1) 甲が乙に対し、殺人の手段となるB車の放火について指示をしたところ、乙が組長である甲の指示であることも理由としてA殺害を決意している。そのため、甲が乙をそそのかしてA殺害の実行を決意させることで、乙を「教唆」したといえる。そして、乙が、甲の教唆に基づき放火行為を実行してAを死亡させたのだから、甲は乙を「教唆して」殺人既遂罪を「実行させた」といえる。

(2) 甲は、間接正犯の認識で教唆犯を実現している。

抽象的事実の錯誤の場合、構成要件の形式で与えられている行為規範の問題に直面しないとして故意が阻却されるのが原則であるものの、構成要件が重なり合う限度で故意が認められる。そして、間接正犯と狭義の共犯の構成要件は、他人の行為を利用して法益侵害を惹起する点で狭義の共犯の限度で符合するから、狭義の共犯の故意が認められると解する。

したがって、甲には教唆犯の故意(38条1項本文)が認められる。

(3) 甲の予期に反して乙が甲のA殺害計画に気が付いている点において、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、甲には殺人既遂罪の教唆犯が成立する。

4. 甲は、殺人未遂罪の間接正犯と殺人既遂罪の教唆犯の罪責を負い、両者は併合罪(45条前段)となる。

第2. 乙の罪責

乙は、Aを焼き殺すという殺人の故意に基づき、ガソリン10リットルをB車の車内及び外側のボディーに満遍なくまいた上で丸めた新聞紙にライターで火をつけてこれをB車の方に投げ付るという殺人罪の実行行為を行い、それによって、その火が上記ガソリンに引火し、B車全体が炎に包まれてトランク内にいたAは焼死している。

したがって、乙には殺人既遂罪が成立する。

以上

第 3 問

(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ただけからは、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きた。

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きた。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きた。

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つつも、事態を事の成りに任せ、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。)

(解説)

1. 出題の概要

第3問は、不作為による殺人の事例を通じて、不真正不作為犯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

甲の不作為について、殺人罪(199条)の成否が問題となる。

(1) 作為と不作為の区別

不作為とは、何もしないことを意味せず、「期待された作為をしないこと」を意味する。そのため、期待された作為をしないことと、何か別のことをすることは両立しうるのである。実行行為を作為・不作為のいずれで捉えるのかの判断においては、なぜ結果が発生したのか(結果の発生の原因が作為と不作為のいずれにあるか)が問題とされる。

本問では、病室で夫Vの看病をしていた妻甲が、夫Vの容体に異状が生じていたにもかかわらず、巡回に来た看護師に対し夫Vの容体に変化はない旨の虚言を述べ、看護師による容体確認等を妨げているが、甲が看護師に対して虚言を述べたという積極的な行為は、Vの容体の異変を報告する(作為義務の内容)という期待された作為を行わない不作為の一環をなすものにすぎないと捉えられる。

(2) 実行行為と捉える不作為の時間的範囲

故意及び因果関係との関係から、「故意を生じた時点」から「結果回避可能性のあった時点」までの間における不作為を実行行為と捉えるべきである。

まず、①故意は実行行為時に備わっていることを要するから、実行行為は故意を生じた時点又はそれ以降の不作為に求めなければならない。

次に、②既遂結果発生事案であれば、既遂犯成立が認められるための前提として、条件関係の要件である結果回避の高度の蓋然性が認められる時点までにおける不作為を実行行為と捉える必要がある。

本問では、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、かつ、午後2時20分までに医師等による救命可能性が認められるから、甲に殺意が生じた上記時点から午後2時20分までの間、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を実行行為と捉えることになる。

(3) 不真正不作為犯

199条は、「人を殺した」と規定しているから、作為による殺人のみを予定しているかのように読める。にもかかわらず、不作為が殺人罪の構成要件に該当し得るのか。これが、不真正不作為犯の実行行為性(あるいは、構成要件該当性)の問題である。

平成22年司法試験参考

基礎応用22頁・1(1)、論証集

14頁・1(1)

基礎応用22頁・1(2)、論証集

14頁・1(2)

基礎応用23頁・2、論証集

14・2

不真正不作為犯は、構成要件的行為が作為に限定されている条文で不作為を処罰するわけではないから（不作為も殺人罪等の構成要件に本来的に含まれていると考える）、法律主義（罪刑の法定性）や類推適用の禁止という意味での罪刑法定主義には反しない。もっとも、予測可能性の保障という罪刑法定主義の要請に照らし、不作為につき作為との同価値性を要求することで、不真正不作為犯の成立範囲を限定するべきである。そこで、不真正不作為犯の実行行為性が認められるためには、①作為義務及び②作為の可能性・容易性が必要であると解する。

①は、保証人的地位とも呼ばれるものであり、行為者に対して当該法益の保護が社会的に期待される場合に認められるものである。①の発生根拠としては、法令、契約、事務管理、条理、先行行為、排他的支配ないし支配領域性、保護の引受けなどがあり、これらの作為義務の発生根拠は多元的に理解されている。

（４）実行行為の開始時期

不作為には継続性があるから、未遂・既遂いずれの事案であっても、故意が生じた時点以降のどの時点で不作為犯の実行に着手したのかを明らかにするべきである。

本問では、結果発生の危険発生に不作為に先行しているため、甲が故意を生じてから作為義務に違反した時点で不作為犯の実行に着手したと認められることとなる。

（５）因果関係

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が認められることが必要であるところ、作為犯の事案では、条件関係に固有の問題がないのであれば、条件関係を飛ばしていきなり法的因果関係の有無から検討しても構わない。もっとも、不作為犯の事案では、条件関係は結果回避可能性の観点から判断されるという性質上、法的因果関係の判断の中に条件関係の判断を包摂させることが困難である（理論上困難なのではなく、答案作成上困難なのである）から、条件関係→法的因果関係という流れで論じるべきである。

ア．条件関係

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されている（事案によっては「合理的な疑いを超える程度に確実」という規範の方が使いやすいことがある。）。判例は、「十中八、九…救命が可能であった。…そうすると、同女の救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるから」と述べて、不作為犯の条件関係を認めている。

イ．法的因果関係

不作為犯の法的因果関係についても、作為犯と同様、危険の

基礎応用 27 頁・4、論証集 15
頁・4

最決 H 元 12.15・百 14

現実化説により判断される。

甲の不作为は、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。

甲の不作为と 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、これは甲の不作为の危険性が 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、甲の不作为の危険性が 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。この意味において、介在事情である乙の過失行為の結果発生に対する寄与度は小さいから、その異常性の大小を問うことなく、危険の現実化という評価を妨げる事情とはならないのである（なお、結果発生 of 直接的原因は乙の投薬ミスであり、甲の不作为ではないから、大阪南港事件とは微妙に異なる。）。

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

(6) 殺意 (38 条 1 項本文)

故意とは、客観的構成要件該当事実の認識・認容を意味する。

殺人罪の事案では、殺意の存在が明らかであっても、故意の定義を示した上で、殺意を認定する。当てはめでは、認識と認容を区別した上で、行為者の心理状態に関する問題文の記述を答案で摘示・評価して、故意の存否を認定する。

作為犯の場合、構成要件該当事実の認識がありながら自らの意思で構成要件的行為に及んだことにより構成要件の実現を受容した（あるいは、結果発生について意を介していない）といえるから、少なくとも犯罪の成否のレベルでは、故意の問題は認識の問題にほぼ収斂される。したがって、少なくとも司法試験においては、作為犯の故意の認定では、実行行為の危険性及び結果発生 of 蓋然性の認識が中心的な検討対象となることがほとんどである。

これに対し、不作为犯の場合は、不作为の危険性（被害者の容体の異変など）についての認識はあるものの、不作为を継続するかどうか（期待された作為に出るかどうか）を迷っている間に時間の経過とともに結果回避可能性が低下していくため、どの時点で「認識」が生じ、どの段階で「認容」したのか（因果関係を肯定できるだけの結果回避可能性のある段階で「認容」したといえるか）が問題になることが多い。

基礎応用 34 頁 [判例 2]、論
証集 20 頁、最決 H2.11.20・
頁 1 20

基礎応用 28 頁・5、論証集 15
頁・5

(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出している。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