

目次

間接正犯

- 第1問 刑事未成年者の利用（令和4年予備試験設問1参考）・・・1
第2問 故意ある幫助的道具（平成25年司法試験参考）・・・7

不真正不作為犯

- 第3問 不作為による殺人（平成22年司法試験参考）・・・15

因果関係

- 第4問 被害者の特殊事情（老女蒸し布団事件参考）・・・23
第5問 行為後の第三者の行為（大阪南港事件参考）・・・29
第6問 行為後の被害者の行為（高速道路侵入事件参考）・・・35

構成要件の故意

- 第7問 方法の錯誤・・・41
併発事実についての故意の個数
第8問 抽象的事実の錯誤（重い罪の認識で軽い罪を実現）・・・47
第9問 抽象的事実の錯誤（軽い罪の認識で重い罪を実現）・・・53
第10問 遅すぎた構成要件の実現（令和5年予備試験設問2参考）・・・59

過失犯

- 第11問 業務上過失致死罪（平成22年司法試験参考）・・・67

被害者の承諾

- 第12問 保険金詐取の計画に基づいて承諾を得た事例（平成24年予備試験参考）・・・77
第13問 承諾する動機に錯誤がある事例・・・83

正当防衛

- 第14問 予期された侵害の急迫性（平成18年司法試験参考）・・・89
防衛の意思と攻撃の意思の併存（同上）
第15問 自招侵害（平成23年司法試験参考）・・・97
「急迫不正の侵害」の継続性（同上）
第16問 防衛行為の結果が第三者に生じた場合（令和1年司法試験設問3参考）・・・107
第17問 共同正犯における防衛行為の相当性の判断方法（平成23年司法試験参考）・・・115
防衛の意思と攻撃の意思の併存（同上）
過剰防衛としての一体性（同上）
防衛行為の共同実行後における量的過剰行為（同上）
第18問 誤想防衛（令和2年予備試験参考）・・・125

責任能力

- 第19問 原因において自由な行為（実行行為時における心神喪失）・・・131
第20問 原因において自由な行為（実行行為の途中における心神喪失）・・・137

未遂犯

第21問	放火犯における実行の着手時期（平成28年予備試験参考）	143
第22問	早すぎた構成要件の実現（クロロホルム事件参考）	149
第23問	詐欺罪における実行の着手時期（令和5年司法試験設問1参考）	157
第24問	間接正犯の実行の着手時期（令和4年予備試験設問1参考）	165
第25問	不能犯の成否（平成25年予備試験参考）	171
第26問	中止犯の成否	177

共同正犯

第27問	共謀共同正犯（平成20年司法試験参考）	183
第28問	承継的共同正犯（平成28年司法試験参考）	189
第29問	共同正犯者間における抽象的事実の錯誤	195
第30問	共同正犯者間における抽象的事実の錯誤	201
第31問	共同正犯者間における抽象的事実の錯誤	207
第32問	共同正犯関係からの離脱	213

教唆犯

第33問	住居侵入窃盗の教唆	219
------	-----------	-----

幫助犯

第34問	不作為による同時正犯と幫助の区別（平成26年司法試験参考）	225
	片面的共同正犯（同上）	
	不作為による幫助（同上）	
	片面的幫助（同上）	

自殺関与罪・同意殺人罪

第35問	嘱託殺人罪（平成23年予備試験参考）	233
第36問	自殺の強要（自殺教唆罪と殺人罪の区別）	239
第37問	偽装心中（自殺教唆罪と殺人罪の区別）	247

傷害罪・傷害致死罪

第38問	同時傷害の特例	253
第39問	同時傷害の特例	259

逮捕・監禁罪

第40問	監禁罪	267
------	-----	-----

住居侵入罪、略取・誘拐罪

第41問	住居侵入罪（平成26年司法試験参考）	275
	未成年者略取罪（同上）	

性的自由に対する罪

- 第42問 不同意わいせつ罪（法改正対応）・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 281

人格的法益に対する罪

- 第43問 名誉毀損罪（平成30年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・ 289

信用及び業務に対する罪

- 第44問 業務妨害罪（令和5年司法試験設問2参考）・・・・・・・・・・ 295

窃盗罪

- 第45問 自己所有物の窃取・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 301
 第46問 占有の存否（窃盗罪と遺失物横領罪の区別）・・・・・・・・・・ 307
 第47問 占有の帰属（窃盗罪と横領罪の区別 - 令和3年司法試験設問1参考）・・・・・・・・ 313
 第48問 誤想による他人所有物の窃取（平成27年司法試験参考）・・・・・・・・ 319
 第49問 死者の占有（平成29年司法試験参考）・・・・・・・・・・・・・・・・ 327
 第50問 不法領得の意思（破棄目的での借用証書の窃取）・・・・・・・・ 333
 第51問 不法領得の意思（コピー目的での機密書類の窃取 - 平成27年司法試験参考）・・・・ 339

強盗罪

- 第52問 強盗取得罪（事後的奪取意思）・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 345
 第53問 キャッシュカードの暗証番号の聞き出しによる強盗利得罪（平成28年司法試験参考）
 ・・ 351
 第54問 事後強盗罪（令和4年予備試験設問2参考）・・・・・・・・・・ 357
 第55問 事後強盗罪（令和1年司法試験設問2参考）・・・・・・・・・・ 363
 第56問 強盗傷人罪（平成20年司法試験参考）・・・・・・・・・・・・・・・・ 369
 第57問 強盗殺人罪（令和2年司法試験設問3参考）・・・・・・・・・・ 375

詐欺罪

- 第58問 未成年者による成人向け雑誌の購入・・・・・・・・・・・・・・・・ 381
 第59問 他人名義のクレジットカードの利用（平成29年司法試験参考）・・・・・・・・ 387
 第60問 処分行為の要否・有無（令和1年司法試験設問1参考）・・・・・・・・ 395

恐喝罪

- 第61問 恐喝罪と詐欺罪の区別（令和2年司法試験設問1参考）・・・・・・・・ 401
 権利行使と恐喝（同上）

横領罪

- 第62問 登記済不動産の不法処分（平成24年司法試験参考）・・・・・・・・ 407
 第63問 不動産の二重譲渡・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 413
 第64問 預金の占有（平成21年司法試験参考）・・・・・・・・・・・・・・・・ 419
 第65問 窃盗犯人からの盗品の委託の要保護性（令和4年司法試験設問1参考）・・・・ 425
 横領罪における不法領得の意思（同上）

第66問	横領と背任の区別（平成24年司法試験参考）	431
	横領後の横領（同上）	
	業務上横領罪に共同加功した非身分者の罪責（同上）	

背任罪

第67問	二重抵当	443
------	------	-----

盗品等関与罪

第68問	盗品性の認識後における保管行為の継続（令和3年司法試験設問1参考）	449
第69問	窃盗被害者を相手方とする盗品の有償処分があっせん	455

毀棄・隠匿罪

第70問	住宅の玄関を損壊した事例における建造物損壊罪の成否	461
------	---------------------------	-----

放火罪

第71問	現住建造物における放火時点での人の現在の要否（平成28年予備試験参考）	467
	複合建造物の一体性（同上）	
	「焼損」の概念（同上）	
第72問	建造物の内部的独立性	473
第73問	「公共の危険」の意義（平成25年司法試験参考）	479
	「公共の危険」の認識の要否（同上）	

文書偽造罪

第74問	無権代理人による代理名義の契約書の作成（令和1年予備試験参考）	485
	→ 名義人の承諾は第59問	

公務執行妨害罪

第75問	職務の適法性	491
	職務の適法性に関する錯誤	
	間接暴行	

賄賂罪

第76問	受託収賄罪（平成27年予備試験参考）	503
------	--------------------	-----

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け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か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
13

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。

平成22年司法試験参考

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

基礎応用22頁・1(1)、論証集

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。

14頁・1(1)

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

基礎応用22頁・1(2)、論証集

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。

14頁・1(2)

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

基礎応用23頁・2、論証集

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。

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・百 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

第4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。)

(解説)

1. 出題の概要

第4問は、被害者の特殊事情が結果発生に影響をもたらした事案(老女蒸し布団事件参考)を通じて、因果関係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

甲について傷害致死罪(205条)の成否が問題になるところ、甲がVに対して布団で鼻口部を圧迫するなどの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、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が死亡している。そこで、法的因果関係の有無が問題となる。

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。

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。これは「危険の現実化説」と呼ばれる見解であり、現在の判例の立場であると理解されている。

前記の通り、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から、一般人の認識可能性や甲の認識の有無(さらには異常性の大小)にかかわらず、被害者の特殊事情は行為の危険性を判断する事情として考慮される。そうである以上、甲の暴行には、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として法的因果関係が認められる。

判例も、XがVに布団で鼻口部を圧迫するなどの暴行を加えたところ、Vの心臓等に高度の病的素因があったためVが心臓死したという事案において、「致死の原因たる暴行は、必ずしもそれが死亡の唯一の原因または直接の原因であることを要するものではなく、たまたま被害者の身体に高度の病変があつたため、これとあいまって死亡の結果を生じた場合であつても、右暴行による致死の罪の成立を妨げないと解すべきことは…当裁判所判例…の示すところであるから、たとい、…Xの本件暴行が、Vの重篤な心臓疾患という特殊の事情さえなかつたならば致死の結果を生じなかつたであろうと認められ、しかも、Xが行為当時その特殊事情のあることを知

基礎応用 32 頁 [論点 3]、論証集 19 頁 [論点 3]

基礎応用 33 頁ア、論証集 19 頁ア、

基礎応用 33 頁、論証集 19 頁、老女蒸し布団事件(最判 S46.6.17)

らず、また、致死の結果を予見することもできなかつたものとしても、その暴行がその特殊事情とあいまって致死の結果を生ぜしめたものと認められる以上、その暴行と致死の結果との間に因果関係を認める余地がある…」と判示している。

以上より、甲には傷害致死罪が成立する。

(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 5 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。）。

(解説)

1. 出題の概要

第5問は、行為者の実行行為により結果発生の直接的原因が形成されており、一般人の予見可能性がなく行為者も予見していない第三者の暴行により被害者の死期が早められたという事案（大阪南港事件参考）を通じて、直接実現型における因果関係の基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

甲について傷害致死罪（205条）の成否が問題になるところ、甲は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ることでVの死因を形成しているものの、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て死亡している。そのため、法的因果関係の有無が問題となる。相当因果関係説と危険の現実化説とが対立する典型は、このように、実行行為により結果発生原因が直接形成されているものの予見不能な介入事情により結果発生が早められたという事例である。

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が幾分か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死亡の間に介入してV死亡に対して因果的に寄与している第三者暴行

基礎応用 32頁 [論点3]、論

証集 19頁 [論点3]

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。

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。

直接実現型の事案では、行為者の実行行為によって結果発生の直接的原因が形成されており、行為後の介在事情が当該原因による結果発生を助長する形で結果発生時期が介在事情がなかった場合に比べて早まっているにすぎない。このように、行為者の実行行為が結果発生の直接的原因になっている以上、行為者の実行行為そのものの危険性が結果へと現実化したといえるため、介在事情が危険の現実化を妨げる事情にならないから、介在事情の異常性の程度にかかわらず因果関係が認められる。

これを本問に即していうと、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。

判例も、本問と同様の事案において、「犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができ、本件において傷害致死罪の成立を認めた原判断は、正当である。」として因果関係を認めている。

以上より、甲には傷害致死罪が成立する。

基礎応用 34 頁(ア)、論証集
19 頁(ア)

基礎応用 34 頁、論証集 20
頁、大阪南港事件（最決
H2.11.30・百I10）

(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。

法的因果関係に関する見解には、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もある。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可能性も甲による認識も認められないから、経験的通常性の判断基底に取り込むことができない。そうである以上、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。

しかし、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 6 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。）。

(解説)

1. 出題の概要

第6問は、行為者の行為に起因する被害者の危険行為が結果発生にとなっている事案（高速道路侵入事件）を通じて、間接実現型における因果関係の基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

甲について傷害致死罪（205条）の成否が問題になるところ、甲の暴行自体にはVが自動車に轢過された死亡するという危険性が認められず、Vが高速道路に侵入したことが上記死亡の直接的原因となっていることから、法的因果関係の有無が問題となる。

相当因果関係説からは、Vの行為を判断基底に取り込む余地があり（例えば、折衷説からは、一般人の認識可能性又は行為者の認識があれば、判断基底に取り込むことができる）、Vの行為を判断基底に取り込むことができれば相当因果関係が認められる。他方で、危険の現実化説からは、Vの行為の異常性の程度によっては、Vの暴行にはVの行為を誘発する危険性があったとして、Vの行為が甲の暴行の危険性に取り込まれることで、因果関係を認めることができる。このように、高速道路侵入事件型の事案では、相当因果関係説（特に折衷説）と危険の現実化説とで結論が同じになることが少なくない。

間接実現型のうち高速道路侵入事件型の事案では、実行行為それ自体の危険性が現実の結果発生原因と関連性を有しないため、実行行為の危険性の向きを現実の結果との関連性が認められるように矯正するためのものとして、実行行為と介在事情の間に「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、行為者の実行行為には結果発生 of 直接的原因になっている介在事情をもたらす危険性を有する（介在事情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行為者の実行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。本問では、甲の暴行とVの高速道路侵入との間に「起因」「支配」「誘発」という関係性が認められるかが問題となる。

判例は、本問と同様の事案において、「被害者が逃走しようとして高速道路に進入したことは、それ自体極めて危険な行為であるというほかないが、被害者は、被告人らから長時間激しくかつ執ような暴行を受け、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とっさにそのような行動を選択したものと認められ、その行動が、被告人ら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。そうすると、被害者が高速道路に進入して死亡したのは、被告人らの暴行に起因するものと評価することができるから、被告人らの暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定した原判決は、正当として是認することができる。」と判示

基礎応用 35 頁(i)、論証集
20 頁(i)

基礎応用 36 頁、論証集 20
頁、高速道路侵入事件（最決
H15.7.16・百I13）

している。

そうすると、本問でも因果関係が認められるから、甲には傷害致死罪が成立する。

(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死亡へと現実化したとはいえない。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る見解もある（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、自動車ですべて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・構成要件的符合説)。

例外ルールにおける構成要件が重なり合う場合には、⑦2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、⑧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

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の首を両手で強く締め付け(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(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い、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侵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の頸部を細麻縄で締め（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の首を両手で強く締め付け（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るべきである。
2. 第一行為には、殺人罪（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

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)
- ・「基本刑法Ⅱ 各論」第3版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)
- ・「刑法総論」第5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7版(著:前田雅英-東京大学出版会)
- ・「刑法各論講義」第7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」4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4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」2012～2023(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)