

平成 26 年司法試験 刑事系第 1 問

刑事系 126.87 点 200 位／全受験者 8015 人・総合評価対象者 4396 人

1 第 1 . 甲の罪責

2 甲が A に授乳等をしなくなった不作為について、殺人罪（刑法 1
3 99 条）は成立するか。

4 1 . 甲の不作為に殺人罪の実行行為性は認められるか。

5 （1）不真正不作為犯の成立には、罪刑法定主義との関係から、不
6 作為が作為と同視できることが必要である。具体的には、①法
7 的作為義務と、②作為の可能性・容易性が必要である。

8 （2）甲は A の親権者であり、民法上、A に対して必要な監護を行
9 うべき地位にある（民法 820 条）。また、A には市販の乳児用
10 ミルクに対してアレルギーがあり、母乳しか飲むことができな
11 かったのであり、授乳等をやめてから 24 時間を越えると A の
12 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
13 く。そして、甲方において A に授乳等をできるのは甲だけであ
14 るから、A の生命の保護は甲に具体的に依存していたといえる。
15 したがって、甲には、A に対して授乳等をする法的作為義務が
16 認められる（①）。

17 そして、授乳等することは極めて容易である（②）から、甲
18 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
19 為性が認められる。

20 2 . 「実行に着手」（43 条本文）とは、構成要件的結果発生の現実
21 的危険のある行為に着手した時点で認められる。

22 甲が授乳等をしなくなった 7 月 1 日朝から 24 時間以上を経過
23 した 7 月 2 日昼の時点で、A に脱水症状や体力消耗による生命の

1 危険が生じた。したがって、7月2日昼の時点でAに授乳等をし
2 なかったことをもって、A死亡の現実的危険のある不作為に着手
3 したといえ、殺人罪の「実行に着手」したことが認められる。

4 3. では、A死亡と甲の不作為との間に因果関係はあるか。

5 (1) 因果関係は、行為の危険性が結果へと現実化したといえる場

6 合に認められる。そして、不作為の因果関係であっても、介在
7 事情のある事案では、この判断枠組みを適用できると解する。

8 この判断においては、①行為の有する結果発生の確率の大小、

9 ②介在事情の客観的異常性、③介在事情の結果発生への寄与度
10 を考慮する。

11 (2) 確かに、仮に乙が事故に遭うことなくタクシーでAを病院に
12 連れて行き、Aに適切な治療を受けさせたとしても、Aが助か
13 る可能性はなく、1日ないし2日後には衰弱により確実に死亡
14 していたのであるから、甲の不作為の危険性がA死亡へと現実
15 化したともいえそうである。

16 しかし、Aの死因はタクシーに衝突されたことで生じた脳挫
17 傷であり、甲の不作為はAの死因を形成していないのだから、
18 甲の不作為により形成された衰弱状態が悪化して脳挫傷による
19 死亡が発生する確率はきわめて低い(①)。また、タクシーとの
20 衝突事故は異常性の高いものであるから、甲の不作為がタクシ
21 ーとの衝突事故をもたらしたともいえない(②)。しかも、Aの
22 死因はタクシーとの衝突により生じた脳挫傷である(③)から、
23 タクシーとの衝突がA死亡へ決定的な影響を及ぼしている。

1 したがって、甲の不作為の危険性が A 死亡へと現実化したと
2 はいえず、因果関係は認められない。

3 4. 甲は、「A に授乳しなければ数日で死亡するだろう」と考えて不
4 作為に及んでいるから、殺人罪の故意があり、殺人未遂罪（20
5 3 条、199 条）が成立する。

6 5. では、A に中止犯（43 条但書）が成立しないか。

7 「犯罪を中止した」とは、結果発生防止のために真摯な努力をし
8 たことをいう。甲は7月3日夕方の時点からAへの授乳を開始し
9 ているが、この時点では授乳等をやめた7月1日朝から48時間
10 以上が経過しているため、病院で適切な治療を受けさせない限り
11 A を救命することが不可能となっている。したがって、真摯な努
12 力があるといえるためには、A を病院に連れて行き適切な治療を
13 受けさせることが必要であり、授乳を再開するだけでは足りない。
14 したがって、A は「犯罪を中止した」とはいえず、中止犯は成立
15 しない。

16 6. 以上より、甲は殺人未遂罪の罪責を負う。

17 第2. 丙の罪責

18 1. 共同正犯

19 丙は甲の意図を察知しているが、甲は「丙は、私の意図に気付
20 いていないに違いない」と思っているため、甲丙間で A 殺害の共
21 議があったとはいえない。そして、片面的共同正犯は、共同正犯
22 の本質である心理的因果性を欠くから認められないと解する。し
23 たがって、殺人罪の共同正犯の成立は認められない。

1 2. では、丙が7月2日昼の時点から甲に対しAに授乳等をするよ
2 うに言わなかつた不作為について、不作為による殺人罪が成立し
3 ないか。

4 丙はAの親権者ではないから、民法上、Aを監護するべき地位
5 はない。また、Aの生命の危険を生じさせたのは甲であるし、授
6 乳等を行えるのは甲自身である。したがつて、丙について、甲に
7 対しAに授乳等するように言う法的作為義務を認めることはでき
8 ない。

9 したがつて、この不作為について、殺人罪は成立しない。

10 3. それでは、7月3日昼過ぎに丙が甲の母親に嘘をつき母親の訪
11 問を妨げた時点以降の不作為について、殺人罪が成立しないか。
12 なお、丙が甲の母親に嘘をつき訪問を断念させたことは、Aに対
13 して必要な監護をしないという不作為の一環であり、作為ではな
14 い。

15 (1) 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
16 い限り救命できない程度までにAの生命の危険は高まつていた。
17 そして、丙は甲の母親に嘘をつくという積極的な行為により、
18 母親の訪問を妨げ、母親がAを病院に連れて行き適切な治療を
19 受けさせるという機会を喪失させた。しかも、甲方という閉鎖
20 的空間において、甲がAを殺害するために授乳等をやめている
21 状況下では、Aを病院に連れて行き適切な治療を受けせるこ
22 とができるのは丙しかいないため、Aの生命の保護は丙に具体
23 的に依存していたといえる。したがつて、丙が嘘をつき甲の母

1 親の訪問を妨げた時点以降から、丙にはAを病院に連れて行き
2 適切な治療を受けさせるという法的作為義務が認められる(①)。
3 そして、この作為は容易であるから(②)、丙の不作為には殺
4 人罪の実行行為性が認められる。
5 (2) 丙は、「Aが確実に死亡することによるだろう」と思っている
6 がら不作為に及んでいるから、A死亡の認識・認容があり、殺
7 人罪の故意が認められる。したがって、丙には殺人罪未遂罪が
8 成立し、丙はこの罪責を負う。

9 第3. 乙の罪責

10 1. 乙が甲方に立ち入った行為について住居侵入罪(130条前段)
11 が成立するか。
12 (1) 乙は甲と別居しており、それから4ヶ月も経過しているから、
13 甲方は、乙との関係では「人の住居」に当たる。
14 (2) 甲は乙に対して「二度とアパートに来ないで」と立ち入り拒
15 否の意思を明確に表明しているから、乙の立ち入りは管理権者
16 たる甲の意思に反すといえ、「侵入」に当たる。したがって、住
17 居侵入罪が成立する。
18 2. 乙が「未成年者」であるAを「誘拐」した行為に未成年者 誘
19 拐罪(224条)が成立するか。
20 (1) 親権者である乙も本罪の主体となるか。
21 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
22 者の安全も含まれると解する。したがって、親権者による誘拐
23 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

1 主体になると解する。よって、乙は本罪の主体となる。

2 (2) そして、Aの監護に慣れていない乙がAを外に連れて行くこ

3 とはAを危険にさらすことになるから、違法性阻却は認められ

4 ない。したがって、未成年者誘拐罪が成立する。

5 3. 2つの罪は、牽連犯となり、乙はこの罪責を負う。 以上