

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（高速道路進入事件参考）・・・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	放火罪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）（令和6年司法試験設問1参考）	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	窃盗犯人との間における盗品に関する委託信任関係の要保護性（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 住宅の玄関ドア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

犯人蔵匿及び証拠隠滅の罪

- 第76問 身代わり出頭・・ 503
犯人による犯人蔵匿等の教唆
第77問 参考人の虚偽供述と犯人隠避罪・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 511
第78問 参考人の虚偽供述と証拠偽造罪・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 519

偽証罪

- 第79問 偽証の意義・・ 527
被告人による偽証の教唆

賄賂罪

- 第80問 受託収賄罪（平成27年予備試験参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 533

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、1 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、高速道路進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車の方に投げ付け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。

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

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 of 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在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

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
の直接的原因となっている事案（高速道路進入事件）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が高速道路に進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つたとして、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、高速道路進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進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
の直接的原因になっ
ている介在事情をもたらし危険性を有する（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の高速道路進入との間に「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、高速道路進入事件（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が高速道路に進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進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進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進入は、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、暴行から高速道路進入までの間に約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進入した行為は、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進入は、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進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進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 5 2 問

(事案)

甲(男、35歳)は、V(男、40歳)に対する恨みを晴らすために、Vに対して殴る蹴るといった暴行を加え、これにより反抗を抑圧されたVの様子を見て、この機会にVから財布を奪ってしまおうと考えるに至り、Vの胸ぐらを掴みながら「痛い目に遭いたくなかったら、財布を出せ。」と申し向けた。

Vは、既に甲から執拗な暴行を受けていたことから、「言う通りにしなければ、何をされるか分からない。」と極度に畏怖し、ズボンのポケットから財布を取り出して甲に手渡した。

(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52問は、事後的奪取意思の事例を通じて、強盗罪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) 問題の所在

甲は、V に対して殴る蹴るといった暴行を加え、これにより反抗を抑圧された V の様子を見て、この機会に V から財布を奪ってしまおうという財物奪取の意思を生じ、V の胸ぐらを掴みながら「痛い目に遭いたくなかったら、財布を出せ。」と申し向け、甲から財布を受け取っている。

強盗罪における「暴行又は脅迫」は、財物奪取の意思に基づくものであることを要するから、財物奪取の意思に基づかない最初の暴行は、強盗罪の実行行為である「暴行」に当たらない。

したがって、財物奪取の意思を生じた時点以降の行為を強盗罪の実行行為と捉えることになる。

(2) 2つの論点

ア. 新たな暴行・脅迫の要否

暴行・脅迫に相手方の反抗を抑圧した後に財物奪取の意思を生じて相手方から財物を奪取する場合であっても、強盗罪の成立には財物奪取の意思に基づく新たな暴行・脅迫を要するかが問題となる。

学説の中には、新たな暴行・脅迫は不要であり、先行する自己の暴行・脅迫により作出した反抗抑圧状態を利用して財物を奪取すれば強盗罪が成立すると解する見解もある。

しかし、新たな暴行・脅迫を不要と解することは、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫を手段として財物を奪取するという強盗罪の性質に反する。

また、強盗罪には「同意しない意思を形成し、表明し若しくは全うすることが困難な状態…にあることに乗じて…性交等…をした者」まで処罰するような規定(177条1項)が存在しないことから、自己の暴行・脅迫により惹起した反抗抑圧状態を利用して財物を奪取したにとどまる場合にまで強盗罪の成立範囲を拡張することは条文上の根拠を欠くといわざるを得ない。

そこで、上記の場合でも強盗罪の成立には財物奪取の意思に基づく新たな暴行・脅迫が必要であると解する。

裁判例も、「刑法 236 条 1 項…の強盗罪は相手方の反抗を抑圧するに足りる暴行または脅迫を手段として財物を奪取することによって成立する犯罪であるから、その暴行または脅迫は財物奪取の目的をもつてなされるものでなければならない。それゆえ、当初は財物奪取の意思がなく他の目的で暴行または脅迫

令和 6 年司法試験設問 1 参考

基礎応用 270 頁 [論点 1]、
論証集 129 頁 [論点 1]

基礎応用 270 頁 [論点 1]、
論証集 129 頁 [論点 1]

東京高判 S48.3.26

を加えた後に至つて初めて奪取の意思を生じて財物を取得した場合においては、犯人がその意思を生じた後に改めて被害者の抗拒を不能ならしめる暴行ないし脅迫に値する行為が存在してはじめて強盗罪の成立があるものと解すべきである（もつとも、この場合は、被害者はそれ以前に被告人から加えられた暴行または脅迫の影響によりすでにある程度抵抗困難な状態に陥っているのが通例であろうから、その後の暴行・脅迫は通常の強盗罪の場合に比し程度の弱いもので足りることが多いであろうし、また、前に被告人が暴行・脅迫を加えている関係上、被害者としてはさらに暴行・脅迫（特にその前者）を加えられるかもしれないと考え易い状況にあるわけであるから、被告人のささいな言動もまた被害者の反抗を抑圧するに足りる脅迫となりうることに注意する必要がある。しかし、いずれにしても、さらに暴行または脅迫の行なわれることを要することには変りはない。）と述べ、新たな暴行・脅迫が必要であると解している。

イ. 新たな暴行・脅迫の程度

新たな暴行・脅迫の程度については、㊶新たな暴行・脅迫の内容・程度につき、反抗抑圧状態を維持・継続させるものであれば足りるとする維持継続説、㊷行為者が現場に存在すること自体を脅迫とする現場存在説などが考えられる。

令和6年司法試験・出題趣旨

㊷維持継続説は、事後的奪取意思を生じた場合における新たな暴行・脅迫は、それ自体として相手方の反抗抑圧状態を惹起するに足りる程度のものであることまでは不要であり、自己の先行行為によって作出した反抗抑圧状態を継続させるに足りる程度で構わないとする見解である。

裁判例にも、「強盗罪は相手方の反抗を抑圧するに足りる暴行、脅迫を手段として財物を奪取することによって成立する犯罪であるから、その暴行、脅迫は財物奪取の目的をもってなされることが必要であると解される。従って財物奪取以外の目的で暴行、脅迫を加え相手方の反抗を抑圧した後に財物奪取の意思を生じ、これを実行に移した場合、強盗罪が成立するというためには、単に相手方の反抗抑圧状態に乗じて財物を奪取するだけでは足りず、強盗の手段としての暴行、脅迫がなされることが必要であるが、その程度は、強盗が反抗抑圧状態を招来し、これを利用して財物を奪取する犯罪であることに着目すれば、自己の先行行為によって作出した反抗抑圧状態を継続させるに足りる暴行、脅迫があれば十分であり、それ自体反抗抑圧状態を招来するに足りると客観的に認められる程度のものである必要はないものというべく…」として、維持継続説に立つものもある。

大阪高判 H 元.3.3

なお、単なる反抗抑圧状態の不解消（作為義務の存在を前提とした不作為犯の構成）では足りないと解されている。

(参考答案)

1. 甲がVに対して殴る蹴るといった「暴行」を加えたことには、少なくとも暴行罪(刑法208条)が成立する。

2. 甲がVに対して上記暴行を加え、これにより反抗を抑圧されたVから財布を受け取った行為には、強盗罪(236条1項)が成立するか。

(1) 強盗罪は暴行・脅迫により相手方の反抗を抑圧して財物を奪取する犯罪であるから、本罪における「暴行又は脅迫」は、財物奪取の意思に基づくものでなければならない。

甲は、「V…に対する恨みを晴らすために」に上記暴行を行っており、上記暴行により反抗を抑圧されたVの様子を見て、この機会にVから財布を奪ってしまおうと考えているため、財物奪取の意思は上記暴行後に生じているにすぎない。

したがって、上記暴行は財物奪取の意思に基づくものではないから、強盗罪における「暴行」に当たらない。

よって、上記暴行を実行行為とする強盗罪は成立しない。

(2) 甲がVの胸倉を掴みながら「痛い目に遭いたくなかったら、財布を出せ。」と申し向け、Vから財布を受け取った行為について、甲が自らの暴行により惹起したVの反抗抑圧状態を利用して財布という「財物」を奪取したことに着目して、強盗罪の成立を認めることができるか。

学説の中には、新たな暴行・脅迫は不要であり、先行する自己の暴行・脅迫により作出した反抗抑圧状態を利用して財物を奪取すれば強盗罪が成立すると解する見解もある。

しかし、新たな暴行・脅迫を不要と解することは、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫を手段として財物を奪取するという強盗罪の性質に反する。

また、強盗罪には「同意しない意思を形成し、表明し若しくは全うすることが困難な状態…にあることに乗じて…性交等…をした者」まで処罰するような規定(177条1項)が存在しないことから、自己の暴行・脅迫により惹起した反抗抑圧状態を利用して財物を奪取したにとどまる場合にまで強盗罪の成立範囲を拡張することは条文上の根拠を欠くといわざるを得ない。

そこで、上記の場合でも強盗罪の成立には財物奪取の意思に基づく新たな暴行・脅迫が必要であると解する。

(3) では、新たな暴行・脅迫は認められるか。事後的奪取意思を生じた場合における新たな暴行・脅迫の内容が問題となる。

確かに、強盗罪における「暴行又は脅迫」は、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものを意味するから、新たな暴行・脅迫についても、それ自体で相手方の反抗抑圧状態を惹起するに足りる程度であることが必要とされるところも思える。しかし、事後的奪取意思を生じた場合における新たな暴行・脅迫については、既に自

己の先行行為により相手方の反抗抑圧状態を惹起していることに鑑み、相手方の反抗抑圧状態を継続させるに足りる程度で構わないと解すべきである。

甲は自らの上記暴行により V の反抗を抑圧しているところ、既に甲から反抗を抑圧されている V にとっては、胸倉を掴まれながら「痛い目に遭いたくなかったら、財布を出せ。」と言われるだけでも、反抗抑圧状態を継続させるには十分である。したがって、甲の 2 (2) の行為は「脅迫」に当たる。

(4) V は、甲から「脅迫」を受けたことにより、「言う通りにしなければ、何をされるか分からない。」と極度に畏怖し、反抗抑圧状態が継続している状況下でズボンのポケットから自己所有の財布を取り出して甲に手渡した。したがって、甲は「脅迫を用いて他人の財物を強取した」といえる。

(5) 甲は、自己の先行行為により V が抵抗できない状態に陥っていることを知りながら 2 (2) の脅迫行為に及んでいるから、その脅迫行為が自己の先行行為により作出した V の反抗抑圧状態を継続させるに足りるものとして強盗罪の「脅迫」に当たることの認識もあるといえ、強盗罪の故意 (38 条 1 項本文) も認められる。

(6) 甲には、不法領得の意思もあると考えられるから、強盗罪が成立する。

3. 甲は、前記 1 の暴行罪と前記 2 の強盗罪の罪責を負い、これらは包括一罪になる。 以上

第 5 3 問

(事案)

1. 甲（男、32歳）は、盗みに入る先を探して徘徊していたところ、V宅前を通った際、偶然、V宅の玄関扉が少し開いていることに気付いた。

甲は、V宅の金品を盗もうと考え、その玄関からV宅に入り、6畳間において、扉の開いた金庫内にX銀行のV名義のキャッシュカード1枚（以下「本件キャッシュカード」という。）があるのを見付け、これをズボンのポケットに入れた。

その直後、甲は、V（男、70歳）と出くわし、「ちょうどいい。手に入れたキャッシュカードの暗証番号を聞き出し、現金を引き出そう。」と考え、Vに対して、執拗な暴行を加えた上で、その胸ぐらを掴みながら「殺されたくなかったら、金庫の中にあったキャッシュカードの暗証番号を教えろ。」と強い口調で言った。Vは、甲に対して強い恐怖心を抱き、甲に対し、「暗証番号は××××です。」と言った。

2. 甲は、その暗証番号を覚えると、V宅から逃げ出し、同日午前3時頃、V宅近くの24時間稼働している現金自動預払機（以下「ATM」という。）が設置されたX銀行Y支店にその出入口ドアから入り、同ATMに本件キャッシュカードを挿入した上、その暗証番号を入力して、同ATMから現金1万円を引き出した。

(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53問は、キャッシュカードを窃取した犯人が暴行・脅迫を手段として被害者から同カードの暗証番号を聞き出した事案を通じて、強盗利得罪における「財産的利益の具体性」と「利益の移転性」に関する理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 問題の所在

本問では、①甲が「V宅の金品を盗もうと考え、その玄関からV宅に入」ったことには住居侵入罪(130条前段)の成否が、②甲が「V宅...6畳間において、扉の開いた金庫内に…本件キャッシュカード…があるのを見付け、これをズボンのポケットに入れた」ことには窃盗罪(235条)の成否が、③甲が「Vに対して、執拗な暴行を加えた上で、その胸ぐらを掴みながら「殺されなくなかったら、金庫の中にあったキャッシュカードの暗証番号を教えろ。」と強い口調で言った」ことによりVから暗証番号を聞き出したことには強盗利得罪(236条2項)の成否が、④甲が「X銀行Y支店…の…同ATMに本件キャッシュカードを挿入した上、その暗証番号を入力して、同ATMから現金1万円を引き出した」ことには窃盗罪の成否が、⑤甲が④の目的で「X銀行Y支店にその出入口ドアから入」ったことには建造物侵入罪の成否が、それぞれ問題となる。

①、②及び④は問題なく認められるから、以下では、③及び⑤について解説する。

(2) ③強盗利得罪

平成21年東京高裁判決は、キャッシュカードを窃取した犯人が暴行・脅迫を手段として被害者から同カードの暗証番号を聞き出した事案において、㉞「キャッシュカードを窃取した犯人が、被害者に暴行、脅迫を加え、その反抗を抑圧して、被害者から当該口座の暗証番号を聞き出した場合、犯人は、現金自動預払機(ATM)の操作により、キャッシュカードと暗証番号による機械的な本人確認手順を経るだけで、迅速かつ確実に、被害者の預貯金口座から預貯金の払戻しを受けることができるようになる。このようにキャッシュカードとその暗証番号を併せ持つ者は、あたかも正当な預貯金債権者のごとく、事実上当該預貯金を支配しているといっても過言ではなく、キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つことは、それ自体財産上の利益とみるのが相当であって、キャッシュカードを窃取した犯人が被害者からその暗証番号を聞き出した場合には、犯人は、被害者の預貯金債権そのものを取得するわけではないものの、同キャッシュカードとその暗証番号を用いて、事実上、ATMを通して当該預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位という財産上の利益を得たものというべきであ

平成28年司法試験参考

基礎応用 276頁 [論点3]、
論証集 132頁 [論点3]、東
京高判 H21.11.16・H23重判
4

る。』、④「原判決は、刑法 236 条 2 項の財産上の利益は移転性のあるものに限られるというのであるが、2 項強盗の罪が成立するためには、財産上の利益が被害者から行為者にそのまま直接移転することは必ずしも必要ではなく、行為者が利益を得る反面において、被害者が財産的な不利益（損害）を被るという関係があれば足りると解される（例えば、暴行、脅迫によって被害者の反抗を抑圧して、財産的価値を有する輸送の役務を提供させた場合にも 2 項強盗の罪が成立すると解されるが、このような場合に被害者が失うのは、当該役務を提供するのに必要な時間や労力、資源等であって、輸送の役務そのものではない。）。そして、本件においては、被告人が、ATM を通して本件口座の預金の払戻しを受けることができる地位を得る反面において、本件被害者は、自らの預金を被告人によって払い戻されかねないという事実上の不利益、すなわち、預金債権に対する支配が弱まるという財産上の損害を被ることになるのであるから、2 項強盗の罪の成立要件に欠けるところはない。原判決は、「被告人が暗証番号を聞き出したとしても、キャッシュカードの暗証番号に関する情報が被告人と本件被害者の間で共有されただけであり、そのことによって、本件被害者の利益が失われるわけではない。」とも説示しているが、これは、暗証番号が情報であることにとらわれ、その経済的機能を看過したものといわざるを得ない。」として、強盗利得罪の成立を認めている。

最決 H19.7.2・百 II 18

(3) ⑤ 建造物侵入

130 条前段の「侵入」とは、管理権者の意思に反した立入りを意味し、管理権者が予め立入り拒否の意思を積極的に明示していない場合でも、⑦客体の性質・使用目的・管理状況、④管理権者の態度、⑤立入りの目的などからみて、現に行われた立入りを管理権者が容認していないと合理的に判断されるときは、管理権者の意思に反した立入りに当たると解される。

基礎応用 243 頁 [論点 1]、
論証集 115 頁 [論点 1]

判例は、キャッシュカードの暗証番号等の盗撮目的で銀行支店出張所に立入った事案について、「…被告人らは、現金自動預払機利用客カードの暗証番号等を盗撮する目的で、現金自動預払機が設置された銀行支店出張所に営業中に立ち込んだものであり、そのような立入りと同所の管理権者である銀行支店長の意思に反するものであることは明らかであるから、その立入りの外観が一般の現金自動預払機利用客のそれと異なるものでもなく、建造物侵入罪が成立するものというべきである。」として、外見上判明しない立入り目的を考慮して管理権者の意思（合理的に推定された意思）に反することを認めている。

最決 H19.7.2・百 II 18

このように、判例は、外見上判明しない真の立ち入り目的も考慮して管理権者の意思に反する立ち入りを肯定する傾向にある。

新判例 170 頁

(参考答案)

1. 住居侵入罪

- (1) 「侵入」(刑法 130 条前段)とは、管理権者の意思に反した立入りを意味すると解される。
- (2) 管理権者は窃盗目的での立入りを容認しないから、甲が V 宅の金品を盗む目的で V 宅という「人の住居」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、住居侵入罪が成立する。

2. 窃盗罪

- (1) 「財物」は、財産犯の客体である以上、財産的価値を有することを要する。
- 本件キャッシュカードは、ATM を使って預金の預入れ・払戻しを受けられるなどの財産的な価値を有するから、「財物」として保護される。
- (2) 本件キャッシュカードは、V の所有に属するから「他人の財物」に当たり、かつ、V の占有に属するから「窃取」の対象にもなる。
- (3) 甲が本件キャッシュカードをズボンのポケットに入れた行為は、V の意思に反する占有移転として「窃取」に当たるから、窃盗罪が成立する。

3. 強盗罪

甲が V から本件キャッシュカードの暗証番号を聞き出した行為について、強盗利得罪(236 条 2 項)が成立するか。

- (1) 強盗罪における「暴行又は脅迫」は、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものをいい、これは社会通念に従い客観的に判断される。

32 歳の男性甲が自分よりも体力的に劣る 70 歳の男性 V に対して、執拗な暴行を加えた上で、その胸ぐらを掴みながら「殺されたくないから、金庫の中にあったキャッシュカードの暗証番号を教えろ。」と強い口調で言った行為は、客観的に見て V の反抗を抑圧するに足りる程度のものだから、「暴行又は脅迫」に当たる。

- (2) 本件キャッシュカードを持っている甲がその暗証番号も併せ持つことは、「財産上…の利益」に当たるか。

ア. 処罰範囲の明確化のため、「財産上…の利益」は、財物の取得と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産的利益であることを要する。

本件キャッシュカードと暗証番号を併せ持つことは、両者を用いて事実上 ATM を通して当該預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位として、財物と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産的利益として「財産上…の利益」に当たり得る。

イ. 本罪は移転罪だから、「財産上…の利益」は、利得と喪失の対応関係が認められるものでなければならない。

確かに、暗証番号は甲・V 間で共有されるにすぎずそれ自体

基礎応用 276 頁 [論点 3]、
論証集 132 頁 [論点 3]

が V から甲に移転するわけではない。しかし、甲が前記 3 (2) の地位を取得する反面において V は預貯金債権に対する支配力が弱まるという財産上の損害を被るという意味での利得と喪失の対応関係を認めることができる。したがって、前記 3 (2) の地位も「財産上…の利益」に当たる。

(3) 甲は、前記 3 (1) の暴行・脅迫により V に強い恐怖心を抱かせることでその反抗を抑圧し、「暗証番号は××××です。」と言わせることで前記 3 (2) の地位という「財産上…の利益を得…た」といえる。

(4) したがって、強盗利得罪が成立する。

4. 窃盗罪

甲は、本件キャッシュカードを用いて、名義人以外の者による預金の引出しには応じないという X 銀行 Y 支店の意思に反して ATM から現金 1 万円という「他人の財物」を引き出して「窃取」しているから、窃盗罪が成立する。

5. 建造物侵入罪

甲は、上記 4 の窃盗目的で X 銀行 Y 支店という「人の…看取する建造物」にその出入口ドアから入っており、これは同銀行支店長の意思に反する立入りとして「侵入」に当たるから、建造物侵入罪(130 条前段)が成立する。

6. 甲は、①V 宅における住居侵入罪、②本件キャッシュカードに対する窃盗罪、③強盗利得罪、④X 銀行 Y 支店における窃盗罪及び⑤X 銀行 Y 支店における建造物侵入罪の罪責を負い、①、②及び③は①をかすがいとした 1 個の牽連犯(54 条 1 項後段)となり、④と⑤も牽連犯となり、これらが併合罪(45 条前段)となる。 以上

第54問

(事案)

1. 甲(男、30歳)は、自転車に乗って1人で、Aが店長を務めるホームセンターB店(法人化されている)に行った際、陳列されていた液晶テレビ(50センチメートル×40センチメートル×15センチメートルの箱に入ったもの)を、自宅で使う目的で万引きしようと考え、B店内で、同液晶テレビ1箱を手にとって自己のトートバッグに入れた。甲は、上記箱を上記トートバッグ内に収めて店外へ持ち出すつもりでいたが、箱が大きすぎてその上部が10センチメートルほど同トートバッグからはみ出した状態になった。甲は、その状態のまま出入口方向へ歩き出そうとしたが、その一部始終を警備員C(女、35歳)に目撃されていた。Cは、甲が液晶テレビを精算せずに店外へ持ち出そうとしていると考え、約20メートル離れた場所から甲の方へ歩いて向かったところ、周囲を見回していた甲も、Cがこちらを見ながら向かってきていることに気付いて万引きがばれたと思い、上記箱を陳列棚に戻した。
2. そして、甲は、その場から走って逃げ出し、B店を出てから約3分後、B店から約400メートル離れた公園にたどり着き、同所でB店から追ってくる人がいないかどうかをうかがっていた。甲は、約10分間、上記公園にとどまっていたが、誰も追ってこなかったことから、B店に隣接する駐輪場に停めたままにしていた自己の自転車を取りに戻ろうと考え、それから約5分後、同駐輪場に戻ってきて、周囲の様子をうかがいつつ同自転車に近づこうとした。Cは、戻ってきた甲に気付き、上記駐輪場に飛び出し、甲を捕まえようと思って、「この万引き犯。逃げるんじゃない。」などと言いながら、両手を左右に広げて甲の前に立ち塞がった。そのため、甲は、逮捕を免れようと考え、Cに殴る蹴るの暴行を加えたところ、Cは恐怖心からその場に尻餅をついた。そこで、甲は、その隙に上記自転車に乗ってその場から逃走した。

(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。)

(解説)

1. 出題の概要

第54問は、事後強盗罪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

事案1における甲の行為には窃盗未遂罪(243条、235条)が成立する。そこで、甲が「逮捕を免れようと考え、Cに殴る蹴るの暴行を加えた」ことには、「窃盗が、…逮捕を免れ…るために、暴行…をしたとき」として事後強盗罪(238条)が成立しないか。

主たる争点は、「暴行又は脅迫」と財物奪取との関連性である。

事後強盗罪も「強盗として論じ」られるから(238条)、強盗罪との罪質の近似性を担保するために、本罪の「暴行又は脅迫」には財物奪取行為との密接な関連性が要求される。そこで、「暴行又は脅迫」は、窃盗の機会の継続中に行われる必要があると解される。

窃盗の機会の継続中とは、「被告人が被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況」が窃盗の犯行により生じた緊迫した対立状況として継続していることを意味し、これは、時間的・場所的接性や被害者側による追跡の有無を主要な要素として判断される。

平成16年判決は、被告人がA方において住居侵入窃盗を行い、誰からも発見、追跡されることなく、自転車で約1km離れた公園まで逃げた後で、再度A方に盗みに入ることにして自転車で引き返し、A方玄関の扉を開けたところ、帰宅していた家人のBに発見され、逮捕を免れるためにBに暴行を加えたという事案において、「上記事実によれば、被告人は、財布等を窃取した後、だれからも発見、追跡されることなく、いったん犯行現場を離れ、ある程度の時間を過ごしており、この間に、被告人が被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況はなくなったものというべきである。そうすると、被告人が、その後に、再度窃盗をする目的で犯行現場に戻ったとしても、その際に行われた上記脅迫が、窃盗の機会の継続中に行われたものということとはできない。」と判示し、事後強盗罪の成立を否定した。

本問の事実関係は、「甲は、その場から走って逃げ出し、B店を出てから約3分後、B店から約400メートル離れた公園にたどり着き、同所でB店から追ってくる人がいないかどうかをうかがっていた。甲は、約10分間、上記公園にとどまっていたが、誰も追ってこなかったことから、B店に隣接する駐輪場に停めたままにしていた自己の自転車を取りに戻ろうと考え、それから約5分後、同駐輪場に戻ってきて、周囲の様子をうかがいつつ同自転車に近づこうとした。Cは、戻ってきた甲に気付き、上記駐輪場に飛び出し、甲を捕まえようと思って、『この万引き犯。逃げるんじゃない。』などと言いながら、両手を左右に広げて甲の前に立ち塞がった。そのため、甲は、逮捕を免れようと考え、Cに殴る蹴るの暴行を加えた…」というもの

令和4年予備試験設問2参考

基礎応用 279頁 [論点1]、
論証集 133頁 [論点1]

最判 H16.12.10・百II 43

である。

甲は、B店を出てから、誰からも追跡されることなく、約3分後にB店から400m離れた公園にたどり着いたのだから、甲が公園にたどり着いた時点で、Cにより逮捕される状況たる窃盗の機会が解消されたといえる。そうすると、その後で、甲が公園からB店に隣接する駐輪場まで戻った際にCから逮捕されそうになったという状況は、新たに生じたものにすぎず、窃盗の機会性を基礎づけない。

したがって、甲の暴行は窃盗の機会に行われた「暴行」に当たらないから、事後強盗罪は成立しない。

なお、仮に窃盗の機会の継続中における「暴行」が認められて事後強盗罪が成立する場合であっても、事後強盗罪の既遂・未遂は先行する窃盗罪の既遂・未遂を基準として判断されることから、事後強盗未遂罪（243条、238条）が成立するにとどまる。

(参考答案)

1. 甲が B 店内において陳列されている本件液晶テレビをトートバッグ内に入れた行為には、窃盗罪（刑法 235 条）が成立するか。
 - (1) 本件液晶テレビは、B 店の所有に属する「他人の財物」である上、店長 A の占有に属するから「窃取」の対象にもなる。
 - (2) 「窃取」とは、占有者の意思に反する占有移転を意味する。

本件液晶テレビは 50 cm×40cm×15 cm であり、甲のトートバッグから上部が 10 cm ほどはみ出していたのだから、甲が店外に出るまでは本件液晶テレビの占有が A から甲に移転したとはいえない。

甲は、店外に出る前に本件液晶テレビを陳列棚に戻しているから、「窃取」に「着手」（43 条本文）したにとどまり、既遂には達していない。
 - (3) 甲は、店外に持ち出して本件液晶テレビを自宅で使うつもりだったのだから、故意（38 条 1 項本文）も不法領得の意思も認められる。
 - (4) したがって、窃盗未遂罪（243 条、235 条）が成立する。
2. 甲が、逮捕を免れようと考え、C に殴る蹴るの暴行を加えたことについて、事後強盗罪（238 条）が成立しないか。
 - (1) 甲は「窃盗」に当たる。
 - (2) 事後強盗罪（238 条）の「暴行又は脅迫」は、社会通念上一般に財物の取戻しや逮捕の行為を抑圧するに足りる程度のものであることを要する。

甲は、C に対して殴る蹴るの暴行を加えており、これにより C が恐怖心から尻餅をついていることから、甲の暴行は C の逮捕行為を抑圧するに足りる程度のものであったといえる。
 - (3) 強盗罪との罪質の近似性を担保するために、事後強盗罪の「暴行又は脅迫」は、窃盗の機会の継続中に行われる必要があると解する。

甲は、B 店を出て、それから約 3 分後、B 店から 400m 離れた公園にたどり着き、C はそこまで甲を追跡していなかったのだから、甲が公園にたどり着いた時点で、C により逮捕される状況たる窃盗の機会は解消されたといえる。そうすると、その後で、甲が公園から B 店に隣接する駐車場まで戻った際に C から逮捕されそうになったという状況は、新たに生じたものにすぎず、窃盗の機会性を基礎づけない。したがって、甲の暴行は窃盗の機会に行われた「暴行」に当たらないから、事後強盗罪は成立しない。
3. 甲の暴行には暴行罪（208 条）が成立し、これと上記 1 の窃盗罪とは併合罪（45 条前段）となる。 以上

第 55 問

(事案)

乙は、A店で窃盗を犯して店員から追いかけている友人甲を見て、事情を理解した上で、甲を助けようと考え、甲との間で店員による現行犯逮捕を阻止するために店員に暴行を加えることについて意思を疎通した上で、甲とともに、店員に対して殴る蹴るの暴行を加えた。

(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。）。

(解説)

1. 出題の概要

第55問は、乙が甲の窃盗後に甲との現場共謀に基づき逮捕免脱目的で店員に暴行を加えたという事案を通じて、事後強盗罪の構造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

上記論点に関する学説対立は複雑であるところ、試験対策としては次の点をおさえておけば足りる。

事後強盗罪の構造については、身分犯説と結合犯説が対立しており、身分犯説の内部では真正身分犯説と不真正身分犯説が対立している。

65条1項・2項の関係について、判例は、同条1項は真正身分犯の成立・科刑における身分の連帯的作用を定めており、同条2項は不真正身分犯の成立・科刑における身分の個別的作用を定めていると解している。そうすると、窃盗犯との共謀により238条所定の目的に基づく暴行・脅迫だけを行った後行者については、真正身分犯説からは、同条1項の適用により、事後強盗罪の共同正犯が成立することになる。これに対し、不真正身分犯説からは、同条2項の適用により、暴行罪又は脅迫罪の共同正犯が成立するにとどまる。

結合犯に立つ場合、暴行・脅迫のみならず窃盗行為も事後強盗罪の実行行為を構成することになるため、後行者は本罪の実行行為の途中から関与したことになるから、後行者についての共同正犯の成立範囲は、承継的共同正犯の成否により画されることになる。承継的共同正犯全面肯定説からは、事後強盗罪の共同正犯が成立する。承継的共同正犯全面否定説からは、暴行罪又は脅迫罪の共同正犯が成立するにとどまる。中間説のうち因果性を基準にする立場からも、暴行罪又は脅迫罪の共同正犯が成立するにとどまる(結合犯説からは事後強盗罪では窃盗行為と暴行・脅迫が共に法益侵害の内容をなしていると解されるところ、後行者が共謀及びこれに基づく暴行・脅迫により関与前の先行者による窃盗の法益侵害に対して因果性を及ぼすことはできないから、事後強盗罪の承継的共同正犯の成立は認められない)。

令和1年司法試験設問2 参考

基礎応用 180頁 [論点8]、
論証集 90頁 [論点8]

基礎応用 178頁 [論点1]、
論証集 89頁 [論点1]、最判
S31.5.24

基礎応用 139頁 [論点6]、
論証集 65頁 [論点6]

(参考答案)

1. 乙は、「窃盗」犯人である甲との間で意思を疎通した上で、甲とともに店員に対して殴る蹴るの暴行を加えたことについて、事後強盗罪の共同正犯（刑法 238 条、60 条）が成立しないか。

(1) 「共同して犯罪を実行した」というためには、関与者間の共謀とそれに基づく実行行為が必要である。

乙は、事情を理解した上で、甲との間で店員による現行犯逮捕を阻止するために店員に暴行を加えることについて意思を疎通することで、事後強盗罪の共謀をした。そして、乙は、この共謀に基づいて、甲とともに、甲の「逮捕を免れ」させる「目的」で店員に対して殴る蹴るの「暴行」を加えた。

(2) ここで、事後強盗罪の性質が問題となる。仮に事後強盗罪を「窃盗」を身分とする身分犯であると捉えるのであれば、本罪の実行行為は 238 条所定の目的に基づく暴行・脅迫だけとなるから、乙のように窃盗犯との共謀に基づき 238 条所定の目的に基づく暴行のみを実行した後行者についても、65 条の適用によって事後強盗罪の共同正犯の成立を認め得る。これに対し、事後強盗罪を窃盗行為と暴行・脅迫行為の双方を実行行為とする結合犯であると理解すると、乙は事後強盗罪の途中から関与したことになるため、承継的共同正犯を認めない限り、事後強盗罪の共同正犯は成立しないことになる。

事後強盗罪の保護法益の中核は窃盗行為に関する財産であるから、窃盗行為を本罪の実行行為から排除するべきでない。そこで、本罪は、窃盗行為と暴行・脅迫行為の双方を実行行為とする結合犯であると解すべきである。

(3) そうすると、乙は事後強盗罪の途中から関与したことになるから、承継的共同正犯の肯否が問題となる。

共同正犯の処罰根拠は構成要件該当事実の共同惹起であるところ、関与前の事実に対して因果性が遡及することはあり得ないから、承継的共同正犯は全面的に認められないと解すべきである。

したがって、乙には、事後強盗罪の共同正犯は成立しない。

2. 前記 1 の行為には、暴行罪の共同正犯（208 条、60 条）が成立するにとどまる。 以上

第 56 問

(事案)

甲（男、32歳）は、強盗に入る先を探して徘徊していたところ、V宅前を通った際、偶然、V宅の玄関扉が少し開いていることに気付いた。

甲は、V宅の金品を奪い取ろうと考え、その玄関からV宅に入り、居間において、V（男、70歳）の姿を見るや、ズボンのポケットに入れていたカッターナイフを取り出してその刃を約5センチメートル出し、Vに歩み寄り、「金を出せ。騒ぐと殺すぞ。」と言いながら、カッターナイフの刃をVの目の前に突き出した。Vは、恐怖で声が出なくなる一方で、金を出しても殺されるのではないかと思い、甲に対して、「分かりました。隣の部屋からお金を持ってきます。」と言い、隣の部屋に向かい、そこから走り出して玄関先に向かった。

甲は、Vが逃げ出したことに気が付き、「待て。」と怒鳴りながらVを追った。

Vは、甲に捕まったら本当に殺されると思いながら、必死で玄関先から外に逃げようとし、玄関の外に出た直後、足がもつれて転倒し、その際加療約1か月を要する右手首骨折の傷害を負った。

(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56問は、強盗致傷罪に関する基本的な理解を問う問題である。

平成20年司法試験参考

2. 解答のポイント

(1) 問題の所在

甲が「強盗に入る先を探して徘徊していたところ、…V宅の金品を奪い取ろうと考え、その玄関からV宅に入…った」ことには住居侵入罪(130条前段)が成立する。

問題は、甲が「『金を出せ。騒ぐと殺すぞ。』と言いながら、カッターナイフの刃をVの目の前に突き出し…、Vが逃げ出したことに気が付き、「待て。」と怒鳴りながらVを追った。」ところ「Vは、…必死で玄関先から外に逃げようとし、玄関の外に出た直後、足がもつれて転倒し、その際加療約1か月を要する右手首骨折の傷害を負った」ことについて、強盗致傷罪(240条前段)が成立するかである。

主たる論点は、①事後強盗罪における「負傷」の原因行為は強盗の手段たる暴行に限定されるか、②原因行為と「負傷」の間の因果関係の2点であり、その他にも、③強盗致傷罪の未遂・既遂の判断基準、④原因行為についての故意・過失の要否も問題となる。

(2) ①「負傷」の原因行為

Vの「負傷」の原因行為は、強盗の手段である暴行・脅迫ではなく、甲が逃げ出したVを追いかけた行為である。そこで、甲の追跡行為が「負傷」の原因行為に当たるかが問題となる。

強盗致死傷罪は強盗犯人が強盗の機会に人を死傷させる類型的危険に着目した犯罪であるから、「死亡」「負傷」の原因行為は強盗の機会に行われたものであることを要すると解する。

基礎応用 283頁 [論点3]、

論証集 133頁 [論点2]

強盗の機会とは、強盗行為と当該行為の時間的・場所的接着性、被害者の同一性、犯行意図の継続性等から判断される。判例・裁判例では、特に、原因行為が「新たな決意に基づく別の機会」に行われたものであると評価される場合には、強盗の機会が否定されている。

判例も、「刑法第240条後段の強盗殺人罪は強盗犯人が強盗をなす機会において他人を殺害することによりて成立する罪である。…家人が騒ぎ立てたため他の共犯者が逃走したので被告人も逃走しようとしたところ同家表入口付近で被告人に追跡して来た被害者兩名の下腹部を日本刀で突刺し死に至らしめたというのである。即ち殺害の場所は同家表入口付近といつて屋内か屋外か判文上明でないが、強盗行為が終了して別の機会に被害者兩名を殺害したのではなく、本件強盗の機会に殺害したことは明である。然らば原判決が刑法第240条に問擬したのは正当であつて所論のような違法はない。」として、機会説を採用している。

最判 S24.5.28

なお、本問は原因行為と強盗行為との間における密接関連性の欠如を理由として強盗致傷罪の成立を否定すべき事案（例えば、強盗犯人どうしでの暴行による致傷事案）でないから、限定機会説（密接関連性説）を論じる実益は乏しい。

(3) ②原因行為と「負傷」の間の因果関係

甲の追跡行為とV負傷との間には、V負傷の直接的原因となったVの転倒という行為が介在しているから、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進入事件型に位置付けられるから、甲の追跡行為とV負傷との間に「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、甲の追跡行為にはV負傷の直接的原因になっているVの転倒をもたらす危険性を有する（Vの転倒を経由して負傷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甲の追跡行為の危険性がV負傷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。

基礎応用 35~36 頁、論証集
20 頁、最決 H15.7.16・百 I
13

(4) ③強盗致傷罪の未遂・既遂の判断基準

強盗致傷罪については、未遂処罰規定（243条・240条前段）が存在するものの、未遂は成立し得ないと解されている。すなわち、一般に傷害の未遂は暴行と評価されており（208条参照）、その暴行は強盗の手段であるから（236条参照）、強盗犯人が傷害の故意をもって被害者を「負傷」させるに至らなかった場合には、通常の強盗罪が成立するにとどまる。

基礎応用 284 頁(2)、論証集
137 頁(2)

甲の強盗は未遂にとどまっているが、甲の原因行為により「負傷」結果が発生している以上、強盗致傷罪の既遂となる。

(5) ④原因行為についての故意・過失の要否

原因行為について手段説（又は拡張された手段説）に立つのであれば、暴行・脅迫の故意が必要とされる。これに対し、機会説（又は限定機会説）の立場からは、暴行・脅迫の故意の要否が問題となる。

基礎応用 283 頁・カ、論証集
136 頁 [論点 4]

原因行為を強盗罪の実行行為たる暴行・脅迫に限定しない以上、原因行為について暴行・脅迫の故意を要求する論理的必然性はないから、原因行為について過失しかない場合でも強盗致死傷罪の成立が認められると解する。

(参考答案)

1. 住居侵入罪

(1) 「侵入」(刑法 130 条前段)とは、管理権者の意思に反した立入りを意味すると解される。

(2) 管理権者は強盗目的での立入りを容認しないから、甲が強盗目的で V 宅という「人の住居」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、住居侵入罪が成立する。

2. 強盗致傷罪

甲は、V に対して「金を出せ。騒ぐと殺すぞ。」と言いながらカッターナイフの刃先を V の目の前に突き出した後で、逃げ出した V を追いかけたところ、V が転倒して加療約 1 か月を要する右手首骨折の傷害を負った。この行為について、強盗致傷罪(240 条前段)が成立するか。

(1) 強盗罪における「暴行又は脅迫」(236 条 1 項)は、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものをいい、これは社会通念に従い客観的に判断される。

甲は 32 歳の男であり、70 歳の男性 V に比べて年齢差による大きな体力差がある。甲は、素手の V に対し、5 cm も出したカッターナイフの刃を身体の重要部分である V の目の前に突き出している。この状態で、甲は、V に対し「騒ぐと殺すぞ。」と言っているのだから、V としては、言われたとおりにしなければカッターナイフで殺害されるか、目を切られるなどして重大な傷害を負わされると考えて極度に畏怖するのが通常である。そうすると、甲の上記行為は、V の反抗を抑圧するに足りる程度のものとして「脅迫」に当たる。

したがって、甲は「強盗」(240 条)に当たる。

(2) 転倒による V の前記傷害は「負傷」に当たる。では、甲が逃げ出した V を追いかけた行為は、「負傷」の原因行為といえるか。

ア. 本罪は強盗犯人が強盗の機会に人を死傷させる類型的危険に着目した犯罪であるから、「負傷」の原因行為は、強盗の機会に行われたものであることを要する。

イ. 甲が V を追いかけた行為は、強盗が行われた V 宅内で、強盗後間もなく行われたものであるから、強盗の機会に行われたものとして、「負傷」の原因行為に当たる。

(3) では、因果関係はあるか。前記 2 (2) の原因行為と V 負傷の間に V の転倒が介在していることから問題となる。

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。

イ. V は、脅迫を受けた甲から「待て。」と怒鳴られながら追いかけることで、「甲に捕まったら本当に殺される」と思ってい

たため、逃走時にかなり心理的に動揺していたといえる。しかも、Vは、70歳という高齢により身体機能が低下している。そうすると、甲が脅迫直後にVを追いかけた行為は、身体機能の低下と心理的動揺が相まって逃走過程でVを転倒させるという危険性を有していたといえる。したがって、甲の行為の危険性がV負傷へと現実化したといえ、因果関係が認められるから、甲はVを「負傷させた」といえる。

(4) 甲の強盗は未遂にとどまっているが、甲の原因行為により「負傷」結果が発生している以上、強盗致傷罪の既遂となる。

(5) 原因行為を強盗罪の実行行為たる暴行・脅迫に限定しない以上、原因行為について暴行・脅迫の故意を要求する論理的必然性はないから、原因行為について過失しかない場合にも強盗致死傷罪の成立が認められると解する。

甲は、自己の脅迫によりVがその反抗を抑圧されていること及びVが高齢であることを認識しているから、Vを追いかける行為によりVが心理的動揺と高齢による身体機能低下とが相まって転倒し負傷するという事態について予見可能であったといえるから、負傷につき過失が認められる。

(6) 以上より、強盗致傷罪の既遂が成立する。 以上

第 57 問

(事案)

1. 甲は、V に対して 500 万円の債務（以下「本件債務」という。）を負っていたところ、本件債務について、その存在を証明する資料はなく、V 及び甲以外に知っている者はいないことを奇貨として、その返還を免れる目的で、V を殺害しようと思定した。
2. 甲は、V を殺害するため、路上で V を待ち伏せした上で、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（特別法違反の点は除く。）。

(解説)

1. 出題の概要

第57問は、債務者が債務免脱目的で債権者を殺害した事案を通じて、強盗利得罪及び強盗殺人罪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) 問題の所在

甲が「…本件債務…を免れる目的で、…Vを包丁で刺して殺害した」ことには、2項強盗殺人罪(236条2項、240条後段)の成否が問題となる。

主たる論点は、①強盗利得罪における処分行為の要否と「財産上…の利益」の具体性、②240条の「強盗」には殺人の故意を有する者も含まれるかである。

なお、被害者の殺害がどのような意味で強盗罪の実行行為である「暴行」に当たるかという点も問題となり得るが、類題である令和2年司法試験の出題趣旨では「究極の反抗抑圧手段である被害者の殺害は実質的に暴行を包含していると考えられる」と説明されている。

(2) ①強盗利得罪における処分行為の要否と「財産上…の利益」の具体性

反抗抑圧を本質的要素とする強盗利得罪においては、処分行為が想定されているとはいえないから、処分行為は不要であると解されている。

もっとも、処罰範囲の明確化のために、「財産上…の利益」は、財物の取得と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産的利益であることを要すると解されている。

このような性質を欠く抽象的な利益は「財産上…の利益」という本罪の客体に当たらないから、これの取得に向けられた暴行・脅迫は(利益移転の現実的危険性を欠くとして)強盗利得罪の実行行為に当たらない。

裁判例は、債務免脱目的での債権者の殺害事案において、「債務者が債務の支払いを免れる目的で債権者を殺害した場合において、右殺害の結果、債権の相続人等においてこれを行行使することが不可能もしくは著しく困難になったときは、債務者が、債権者による債務免脱の処分行為を得たのと実質上同視しうる現実の利益を得たという意味において、財産上不法の利益を得たと認めうるのは当然である。しかし、債権者を殺害することにより債務者が財産上不法の利益を得たと認めうるのを、右の場合のみに限定するのは、やや狭きに失して妥当でない。なぜなら、たとえば、債務者が、履行期の到来し又は切迫している債務の債権者を殺害したときは、債権者自身による追及を絶対的に免れるだけでなく、債権の相続人等による速やかな債権の行使をも、当分の間不可能

令和2年司法試験設問3参考

基礎応用 274頁 [論点1]、
論証集 131頁 [論点1]

基礎応用 175頁、大阪高判
S59.11.28

ならしめて、債権者による相当期間の支払猶予の処分行為を得たのと実質上同視しうる現実の利益を得ることになるのであつて、かかる利益を、刑法 236 条 2 項にいう『財産上不法ノ利益』から除外すべき理由は見当らないからである。」と判示している。

(3) ②240 条の「強盗」には殺人の故意を有する者も含まれるか

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

したがって、強盗が殺人の故意や傷害の故意をもって人を死亡又は負傷させた場合には、240 条後段の適用により強盗殺人罪が成立する（この立場からは、240 条後段は強盗致死罪と強盗殺人罪を定めていると解される。）。

判例も、「強盗の機会に殺人行為が行われる場合には刑法 240 条後段を適用すべきものである」として、強盗殺人罪を認めている。

基礎応用 282 頁 [論点 1]、
論証集 135 頁 [論点 1]

最判 S32.8.1 [強盗殺人罪]

(参考答案)

1. 甲がVに対する本件債務の返還を免れる目的でVを包丁で刺して殺害した行為には、2項強盗殺人罪(刑法236条2項、240条後段)が成立しないか。
2. 甲がVを包丁で刺した行為は、究極の反抗抑圧手段である被害者の殺害に向けられたものであり、「暴行」(236条2項)たり得る。
3. 反抗抑圧を本質的要素とする強盗利得罪においては、処分行為が想定されているとはいえないから、処分行為は不要であると解する。もっとも、処罰範囲の明確化のため、「財産上…の利益」は、財物の取得と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産的利益であることを要する。

本件債務について、その存在を証明する資料はなく、V及び甲以外に知っている者はないから、Vが死亡した場合にその相続人が本件債務の存在に気が付いて甲に対してその履行を求めるという可能性はほぼないといえる。そうすると、甲によるVの殺害は、財物取得と同視できるだけの具体性と現実性を持った債務免脱利益という「財産上の利益」の取得に向けられているといえるから、強盗利得罪の「暴行」に当たる。

したがって、甲は、強盗利得罪の成立により「強盗」に当たり得る。
4. 甲はVを殺害するつもりだったのだから、殺人罪の故意がある。

もっとも、240条後段が「よって」という文言を用いていないことからしても、「強盗」には殺人の故意を有する者も含まれると解される。

したがって、甲も「強盗」(240条)に当たる。
5. 甲は強盗の手段としてVを包丁で刺して殺害したのだから、「強盗が…人を死亡させた」といえる。
6. 前記の通り甲には殺人罪の故意があるのだから、強盗殺人罪の故意(38条1項本文)が認められる。
7. 以上より、甲には2項強盗殺人罪が成立する。 以上

判例索引

- ・ 大判 T3.4.29 (百Ⅱ120) p529
- ・ 大判 T7.2.6 p315
- ・ 大判 T11.2.25 p10、227
- ・ 大判 T12.4.30 (百Ⅰ15) p62
- ・ 大判 T12.11.9 p315
- ・ 大判 S2.3.15 p403
- ・ 大判 S13.9.1 p427
- ・ 最判 S24.3.8 (百Ⅱ66) p422、428
- ・ 最判 S24.5.28 p191、371
- ・ 最判 S25.5.25 (百Ⅱ81) p470、475
- ・ 最判 S26.1.30 p457
- ・ 最判 S26.3.27 p117、204、210
- ・ 最判 S26.9.20 p255
- ・ 最決 S28.10.19 p521
- ・ 最判 S30.10.14 (百Ⅱ61) p404
- ・ 最判 S31.5.24 p365、416
- ・ 最判 S31.12.7 (百Ⅱ70) p435、445
- ・ 最判 S32.2.26 (百Ⅰ50) p204
- ・ 最決 S32.4.30 p530
- ・ 最判 S32.8.1 p191、378
- ・ 最判 S32.11.19 (百Ⅰ94) p437
- ・ 最決 S33.3.19 p269
- ・ 最大判 S33.5.28 (百Ⅰ75) p185、197、435
- ・ 最判 S33.9.30 p495
- ・ 最判 S33.11.21 (百Ⅱ1) p85、249
- ・ 最判 S34.5.7 (百Ⅱ19) p291
- ・ 最決 S34.8.27 p495
- ・ 最決 S35.7.18 p507
- ・ 最決 S40.2.26 p507
- ・ 最判 S41.4.8 (百Ⅱ29) p329
- ・ 最決 S41.4.14 (百Ⅱ113) p493、494
- ・ 最判 S44.6.25 (百Ⅱ21) p292
- ・ 最判 S45.1.29 p284
- ・ 最決 S45.9.4 (百Ⅱ93) p487、488
- ・ 最決 S45.12.22 p321
- ・ 最判 S46.6.17 p25
- ・ 福岡高判 S47.11.22 (百Ⅱ65) p416
- ・ 東京高判 S48.3.26 p347
- ・ 最決 S50.6.12 (百Ⅱ76) p451
- ・ 最判 S50.11.28 (百Ⅰ24) p93、118
- ・ 最決 S52.7.21 p91

- ・最判 S53.6.29 p493
- ・最判 S53.7.28 (百 I 42) p44
- ・最決 S55.10.30 (百 II 32) p342
- ・最決 S55.11.13 (百 I 22) p79
- ・最決 S56.4.8 (百 II 97) p390、391
- ・最判 S58.4.8 (百 II 16) p277
- ・最決 S58.9.21 (百 I 74) p3
- ・東京地判 S59.6.28 (百 II 33) p341
- ・大阪高判 S59.11.28 p377
- ・最判 S60.3.28 (百 II 86) p481
- ・最決 S60.7.3 p507
- ・最判 S60.9.12 p93、118
- ・最決 S61.6.9 (百 I 43) p55、63、210
- ・東京地判 S63.7.27 (百 I 87) p228
- ・大阪高判 H 元.3.3 p348
- ・最決 H 元.5.1 (百 II 122) p506、513
- ・最決 H 元.7.7 (百 II 26) p303、304、322
- ・最決 H 元.7.7 (百 II 82) p475
- ・最決 H 元.7.14 (百 II 83) p469
- ・最判 H 元.11.13 (百 I 25) p93、102
- ・最決 H 元 12.15 (百 I 4) p18
- ・最決 H2.11.20 (百 I 10) p19
- ・最決 H2.11.30 (百 I 10) p32
- ・最判 H6.12.6 (百 I 98) p120
- ・千葉地判 H7.6.2 p521
- ・最判 H9.6.16 p101
- ・最決 H9.10.21 (百 II 84) p469
- ・最決 H12.2.17 (百 II 23) p297、496
- ・札幌高判 H12.3.16 (百 I 85) p228
- ・最決 H13.10.15 p4
- ・最決 H14.7.1 (百 II 75) p458
- ・最決 H14.8.22 p390
- ・大阪高判 H14.9.4 (百 I 28) p110、112
- ・最決 H15.4.14 (百 II 85) p481
- ・最大判 H15.4.23 (百 II 69) p434
- ・最決 H15.7.16 (百 I 13) p9、37、140、242、372
- ・最決 H16.1.20 (百 I 73) p241、243
- ・最決 H16.2.9 (百 II 55) p389、390
- ・最決 H16.3.22 (百 I 64) p145、152、161
- ・最決 H16.8.25 (百 II 28) p310
- ・最決 H16.11.30 (百 II 31) p335
- ・最判 H16.12.10 (百 II 43) p359

- ・最決 H17.12.6 (百 II 12) p277
- ・最決 H18.3.27 (百 I 11) p270
- ・最決 H19.3.20 (百 II 79) p463
- ・最決 H19.3.26 (H19 重判 2) p70
- ・最決 H19.7.2 (百 II 18) p277、354
- ・最決 H20.1.22 (百 II 15) p284
- ・最決 H20.5.20 (百 I 26) p100
- ・最決 H20.6.25 (百 I 27) p119
- ・最決 H21.6.30 (百 I 97) p215
- ・東京高判 H21.11.16 (H23 重判 4) p353
- ・最決 H24.11.6 (百 I 81) p192、262
- ・最決 H28.3.24 (百 II 6) p255
- ・最決 H28.3.31 (百 II 119) p522
- ・最決 H29.4.26 (百 I 23) p91
- ・最大判 H29.11.29 (H29 重判 3) p283、284
- ・最判 H30.3.22 (百 I 63) p146、159
- ・最決 R2.9.30 (R2 重判 4) p262
- ・最決 R3.6.9 p507

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6年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2007(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 新司法試験の問題と解説」2008～2011(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 司法試験の問題と解説」2012～2025(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)