

【論文発表前】予備試験過去問答練ガイダンス

**過去問から学ぶ！
合格するための答案技術**

ガイダンスレジュメ

辰巳専任講師・弁護士

金沢 幸彦 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

【MEMO】

【講師作成レジュメ】

1 予備試験論文合格法

(1) この試験で求められる能力は何か？（筆者の実感：実は司法試験と同じ）

司法試験法5条1項によれば、以下のようにあるが、論文について具体化するとどうなるか？

（司法試験予備試験）

第五条第一項 司法試験予備試験（以下「予備試験」という。）は、司法試験を受けようとする者が**前条第一項第一号に掲げる者と同等の学識及びその応用能力並びに法律に関する実務の基礎的素養を有するかどうかを判定することを目的とし**、短答式及び論文式による筆記並びに口述の方法により行う。

【把握するツール】

- ・予備試験論文過去問
- ・出題趣旨
- ・新司法試験の出題趣旨等（示唆に富む）
- ・旧司法試験の問題・出題趣旨

(2) 合格に必要なレベルはどのくらいか？

【把握するツール】

- ・合格者再現答案
- ・比較対象としての不合格者答案（中位レベルのもの）
 - ★ 制限時間内でやれること、やれないこと
 - ★ 合格答案の鉄則
 - ★ 合格答案の通有性（⇔不合格答案にしばしば具現化する特徴）
 - ★ 科目ごとの特性

(3) (1)(2)から逆算した効率的なインプット法とはどんなものか？

何を使い、どのようにインプットをするのか？本講義では効果的学習法についても豊富に言及する。

※以上の(1)～(3)を徹底分析するのが、予備試験本試験過去問答練の解説講義。

(4) 現状の自分の実力との乖離をいかに埋めるのか？

ア 予備試験本試験過去問答練の毎回の起案で習得してほしいこと

- ・制限時間内で書くことの重要性
- ・答案添削を受けることの重要性
- ・制限時間内でやれること、やれないことの体感
- ・自分の答案作成行動における悪癖の炙り出し
- ・虚心坦懐になれるかが勝負（これができるかが大切）

イ 合格者思考の獲得（多数派合格者のように考えよう！）

- ・ 割り切りの重要性
- ・ インプットの網羅性
- ・ 記憶に逃げ込もうとせず、現場で考える力

(5) 徹底した問題演習の勧め（予備スタ論で徹底演習しよう）

- ・ 机上の空論は意味がない（過去問研究から得た方法論を実践できているのか：検証）
- ・ 弱点発見→修正の地道な繰り返しこそが大切（同じ論点は二度と落さないと言い切れるか？）
- ・ 問題のせいにならない
- ・ 時間配分ミスは本番では致命的（本番で奇跡は起きない）
- ・ 真摯な反省と弱点補強がなければ合格しない非情な試験（学習期間は関係ない）

(6) 情報集約化の勧め

2 予備試験本試験過去問答練解説講義のテーマ

（=合格のためのリアリズムの徹底探求）

(1) 本試験で合格レベルの答案をコンスタントに書くための方法論（アウトプット及びインプット）の提示

(2) 各問1時間の解説講義では、

- (1)の目的達成のため、問題文の読み方と答案分析（模範答案および再現答案3通：合格答案2通＋不合格答案1通）に特化（本答練のコンセプトや時間的制約から、学説の詳細な解説等は他の講義に譲る。）
- 書画カメラの使用により、問題文の読み方や答案分析等の講師思考をビジュアル化
- 効果的勉強法や受験テクニックも満載

(3) 毎回の配布資料

- ・ 問題文
- ・ 法務省発表の出題趣旨・コメント
- ・ 採点基準表
- ・ 参考資料（論点に関するもの）
- ・ 辰巳法律研究所作成解答例（模範答案）
- ・ 合格者再現答案（2通）（場合によりA答案のことがあります）
- ・ 不合格者再現答案（1通）
- ・ 旧司法試験問題
- ・ 司法試験出題趣旨、採点実感からの抜粋

以上

1 [予備試験平成24年刑法（改題）]
2

3 以下の事例に基づき、甲、乙及び丙の罪責について論じなさい（なお、下記の「自動車の運転によ
4 り人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」第5条は検討の対象とし、それ以外の特別法違反の点
5 を除く。）。

6
7 1 甲は、中古車販売業を営んでいたが、事業の運転資金にするために借金を重ね、その返済に窮
8 したことから、交通事故を装って自動車保険の保険会社から保険金をだまし取ろうと企てた。甲
9 は、友人の乙及び丙であれば協力してくれるだろうと思いい、二人を甲の事務所に呼び出した。

10 甲が、乙及び丙に対し、前記企てを打ち明けたところ、二人はこれに参加することを承諾した。
11 三人は、更に詳細について相談し、①甲の所有する普通乗用自動車（以下「X車」という。）と、
12 乙の所有する普通乗用自動車（以下「Y車」という。）を用意した上、乙がY車を運転して信号
13 待ちのために停車中、丙の運転するX車を後方から低速でY車に衝突させること、②その衝突に
14 より、乙に軽度の頸部捻挫の怪我を負わせること、③乙は、医師に大げさに自覚症状を訴えて、
15 必要以上に長い期間通院すること、④甲がX車に付している自動車保険に基づき、保険会社に対
16 して、乙に支払う慰謝料のほか、実際には乙が甲の従業員ではないのに従業員であるかのように装
17 い、同事故により甲の従業員として稼働することができなくなったことによる乙の休業損害の支
18 払を請求すること、⑤支払を受けた保険金は三人の間で分配することを計画し、これを実行する
19 ことを合意した。

20 2 丙は、前記計画の実行予定日である×月×日になって犯罪に関与することが怖くなり、集会場
21 所である甲の事務所に行くのをやめた。

22 甲及び乙は、同日夜、甲の事務所で丙を待っていたが、丙が約束した時刻になっても現れない
23 ので、丙の携帯電話に電話したところ、丙は、「俺は抜ける。」とだけ言って電話を切り、その後、
24 甲や乙が電話をかけてもこれに応答しなかった。

25 甲及び乙は、丙が前記計画に参加することを嫌がって連絡を絶ったものと認識したが、甲が丙
26 の代わりにX車を運転し、その他は予定したとおりに前記計画を実行することにした。

27 そこで、甲はX車を、乙はY車をそれぞれ運転して、甲の事務所を出発した。

28 3 甲及び乙は、事故を偽装することにしていた交差点付近に差し掛かった。乙は、進路前方の信
29 号機の赤色表示に従い、同交差点の停止線の手前にY車を停止させた。甲は、X車を運転してY
30 車の後方から接近し、減速した上、Y車後部にX車前部を衝突させ、当初の計画どおり、乙に加
31 療約2週間を要する頸部捻挫の怪我を負わせた。

32 甲及び乙は、乙以外の者に怪我を負わせることを認識していなかったが、当時、路面が凍結し
33 ていたため、衝突の衝撃により、甲及び乙が予想していたよりも前方にY車が押し出された結果、
34 前記交差点入口に設置された横断歩道上を歩いていたAにY車前部バンパーを接触させ、Aを転
35 倒させた。Aは、転倒の際、右手を路面に強打したために、加療約1か月間を要する右手首骨折
36 の怪我を負った。

37 その後、乙は、医師に大げさに自覚症状を訴えて、約2か月間、通院治療を受けた。

38 4 甲及び乙は、X車に付している自動車保険の保険会社の担当者Bに対し、前記計画どおり、乙
39 に対する慰謝料及び乙の休業損害についての保険金の支払を請求した。しかし、同保険会社によ
40 る調査の結果、事故状況について不審な点が発覚し、保険金は支払われなかった。

1 (参照条文)

2 自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律第5条 自動車の運転上必要な注意
3 を怠り、よって人を死傷させた者は、7年以下の懲役若しくは禁錮又は100万円以下の罰金に
4 処する。ただし、その傷害が軽いときは、情状により、その刑を免除することができる。

【法務省発表の出題趣旨】

本問は、甲、乙及び丙が、故意に人身事故を発生させ、保険金をだまし取ろうと企てたが、丙は、犯罪に関与することを恐れて実行行為に参加せず、甲、乙が故意に人身事故を惹起して、乙及び通行人Aに傷害結果を生じさせ、乙の慰謝料及び休業損害について保険金請求を行ったものの保険金は支払われなかったという事案を素材として、事案を的確に分析する能力を問うとともに、被害者の承諾、方法の錯誤、共謀の意義、共犯関係からの離脱、傷害罪における「人」の意義等に関する基本的理解とその事例への当てはめが論理の一貫性を保って行われているかを問うものである。

【コメント】

本問は、総論分野では被害者の同意、錯誤論、共謀共同正犯の認定、共犯からの離脱が出題されました。各論分野では、傷害罪、詐欺未遂罪が出題されました。

甲の罪責については、被害者である乙の同意があることから、類似の事例である最高裁判例の規範を引いて論じることが要求されます。甲と乙は保険金を騙取するという違法な目的を有していること、傷害の方法も危険であることを指摘して、被害者の同意による違法性阻却を認めるかがポイントとなるでしょう。

また、Aに対する傷害の故意が認められるかについて錯誤論も問題となります。

さらに、詐欺罪の未遂の構成要件該当性については、慰謝料と休業損害それぞれについていかなる点で欺罔行為といえるかについても論じることが必要となるでしょう。

乙の罪責については、Aに対する罪責が特に問題となります。この点、いろいろな考え方があると思いますが、解答例では自動車運転過失致傷罪（自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律第5条）の共謀共同正犯を成立させる立場で書いています。なお、自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律第5条は、本試験実施当時の刑法第211条第2項と同趣旨の規定です（※参照）。

丙の罪責については、共犯からの離脱が認められるかが問題となるでしょう。丙が当初の共謀において果たしていた役割や、丙が「俺は抜ける。」と電話をし、甲乙は丙が計画に参加することを嫌がって連絡を絶ったと認識していたこと等を指摘して、共犯からの離脱が認められるかを丁寧に認定することが要求されるでしょう。

最後に、罪数処理も忘れずに行うことが要求されるでしょう。

※刑法第211条第2項（本試験当時） 自動車の運転上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた者は、7年以下の懲役若しくは禁錮又は100万円以下の罰金に処する。ただし、その傷害が軽いときは、情状により、その刑を免除することができる。

【採点基準表】

		配点		
第1	甲の罪責			
	1	乙に対する傷害罪の成否		
		(1) 実行行為の認定	1	
		(2) 被害者の承諾		
		ア 被害者の承諾による効果	3	
		イ 結論	3	
	2	Aに対する行為 ※乙に対する傷害罪の構成要件該当性が認められるかにより成立する犯罪が異なると考えられるため、(1)と(2)のいずれか一方で評価する。		
		(1)	(乙に対する傷害罪の構成要件該当性を否定した場合) Aに対する自動車運転過失致傷罪の成否の検討	7
		(2)	(乙に対する傷害罪の構成要件該当性を肯定した場合) Aに対する傷害罪の成否の検討	
		ア	方法の錯誤における具体的事実の錯誤の処理	2
イ		あてはめ・結論	5	
3	詐欺未遂罪の成否	2		
4	罪数	1		
第2	乙の罪責			
	1	乙に対する傷害罪の成否	2	
		・傷害罪における「人」の意義		
	2	Aに対する行為		
		(1)	Aに対する罪の共謀共同正犯の検討の指摘	1
		(2)	共謀の検討	
		ア	乙に対する傷害行為は乙にとって自傷行為であることから、そもそも乙に対する傷害罪の故意が認められず、共謀が認められないのではないかという問題意識	3
		イ	共謀の成否・結論	6
	3	詐欺未遂罪の成否	2	
	4	罪数	1	
第3	丙の罪責			
	1	丙が共謀に参加したことの指摘	1	
	2	共謀からの離脱		
		(1)	丙は甲・乙が実行行為に着手する前に共謀関係から離脱する旨の意思を表明したことの指摘	1
		(2)	離脱が認められるための規範定立	2
		(3)	あてはめ・結論	4

基本配点分	合計	40点
加点点数 (論述の流れがよいもの、条文を丁寧に挙げているもの、等には加点点数する。)	合計	5点
基礎力評価点 (①事例解析能力、②論理的思考力、③法解釈・適用能力、④全体的な論理的構成力、⑤文章表現力、各1点)	合計	5点
総合得点	合計	50点

【参考資料】

① 傷害罪における同意

1 問題の所在

本問において、甲がX車をY車にぶつけた行為につき、傷害罪（刑法204条）の成否を検討すると、傷害罪の構成要件に該当する点に問題はない。もっとも、本件行為は被害者である乙の承諾に基づきなされていることから、かかる被害者の承諾により違法性が阻却されないか問題となる。

2 基本事項

(1) 傷害罪の客体は「人の身体」であり、「人」とは自然人たる他人を意味する。したがって、行為者自身の身体の傷害（自傷行為）は罪とならない。

(2) 傷害罪における被害者の同意に関する学説

A 真摯な同意がある以上、構成要件該当性が阻却され傷害罪は成立しないとする見解

(理由)

① 構成要件が保護しているのは、あくまで「法益」であって行為客体ではない。器物損壊罪（261条）を例にとれば、毀棄行為によって行為客体は破壊されるが、被害者が同意しており、法益の法的保護を放棄している場合には、「法益」は侵害されたとはいえないのではないか。そうだとすれば、構成要件における「行為態様」の記述の意義によって被害者の同意が構成要件該当性阻却事由となる場合と、違法性阻却事由となる場合を区別することは妥当ではなかろう。個人的法益であり、個人の自由な処分権が承認されている場合の保護法益は、財物や身体などの物理的形態や機能を意味するのみならず、広い意味では、その法益主体の「自己決定権」をも含むと解すべきであろう。そして法益とは「法によって保護されるべき利益」を意味することから、法益主体が法益の保護を放棄した場合には、「利益」は残るかもしれないが、「法的保護」は放棄されていると解される。そうだとすれば、構成要件が予定している保護すべき「法益侵害」結果は発生していないと評価できる。

② 現行の刑法典の範囲内で個人の自己決定権を最大限重視しようと考えれば、本人が真剣に承諾している以上、傷害罪の成立は原則として否定すべきである。

③ 殺人罪に関し例外的に処罰するための202条後段が存するが、傷害罪には同条に相当する規定はない以上、同意傷害は不処罰である。

(批判)

医師による治療行為との関係をみると、構成要件該当性阻却事由と解することは不当であろう。すなわち、治療行為については、同意による法益の要保護性の減弱・否定という要素に加えて、健康の維持ないし回復といった積極的利益が実現されるという優越的利益保護という要素も検討しなければならず、この点については違法性で検討するのがより妥当であるといえる。

B 国家・社会倫理規範に照らして相当と認められない場合には違法性は阻却されず、傷害罪が成立するとする見解

(理由)

- ① 違法性の本質は、法益侵害のみをいうのではなく、社会的相当性を逸脱する法益侵害と解すべきであるから、被害者が同意を与えたからといって、直ちに違法性が阻却されるわけではない。
- ② 構成要件を形式的・類型的に理解するとすれば、被害者の同意があっても「身体の完全性」ないし「生理的機能」を害すれば、傷害罪の構成要件には該当すると考えられ、それを「傷害」と評価しないということは、構成要件を実質化・価値化するものであって、構成要件の形式的保障機能を害してしまう。

(批判)

- ① 完全な同意を得た軽微な傷害でも、善良な風俗に反する（社会的相当性を逸脱する）以上処罰するとするのは、「善良な風俗違反そのものの処罰」に近くなる。
- ② 社会的相当性は違法性阻却事由の一般原理であり、最終的に行為態様の社会的相当性で違法性の有無が決まるのだとすると、同意は違法性判断において「従たる役割」しか果たしていないことになる。

C 被害者の同意の存在があれば、原則として構成要件該当性を否定するが、身体を回復不可能な程度に損傷する重大な傷害については、構成要件該当性を認めるとする見解

(理由)

202条が同意殺人を処罰している点、及び生命保護の重要性にかんがみ、生命に危険を与える程度ないし態様の重大な傷害についての法益の自由な処分は許されないから、この点についての被害者の同意は無効と解すべきである。

(批判)

- ① 傷害罪については、202条のような特別の（同意の効果を制限し、正犯性を欠く行為をも処罰の対象とする）処罰拡張規定がない。
- ② 204条の解釈として、傷害のうち一部は同意のみで不処罰とするが、他は通常の傷害罪として扱うとすることには疑問が残る。また、このような著しい効果の差が生じる要件として「重大な傷害」という概念は曖昧である。

(3) 判例

最決昭55.11.13（百選I（第7版）22事件）は、交通事故を起こして保険金をだまし取ることを共謀し、被害者の同意を得てその身体を傷害したという事案に関して、「被害者が身体傷害を承諾したばあいに傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合せて決すべきものであるが、本件のように、過失による自動車衝突事故であるかのように装い保険金を騙取する目的をもって、被害者の承諾を得てその者に故意に自己の運転する自動車を衝突させて傷害を負わせたばあいには、右承諾は、保険金を騙取するという違法な目的に利用するために得られた違法なものであつて、これによつて当該傷害行為の違法性を阻却するものではないと解するのが相当である。」と判示していることから、被害者の同意を違法性阻却事由と位置づけていると解される。

3 本問における具体的検討

違法性の本質は社会的相当性を逸脱した法益侵害行為にあるところ、被害者が身体傷害を承諾した場合に傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、承諾を得た動機、目的、身体傷害の方法、損傷の部位、程度等諸般の事情を考慮し、社会的に相当な行為といえる場合に限り、違法性が阻却されると考える。

本件で被害者たる乙の承諾を得た動機、目的は、過失による自動車衝突事故であるかのように装い、保険金を騙取するという違法なものであり、加えて、傷害の方法も自動車を衝突させるという生命侵害の危険も生じかねない危険なものである。また、損傷の部位、程度も、頸椎という身体の枢要部に対しなされ、加療2週間という程度も低いものとはいえない。

以上のことからすれば、本件行為はたとえ乙の承諾を得ていたとしても、社会的相当な行為であるとはいえず、違法性を阻却しない。

② 具体的事実の錯誤—方法の錯誤

1 問題の所在

本問において、甲がAに手首骨折の怪我を負わせた行為につき、傷害罪（204条）が成立するか検討すると、傷害罪の構成要件の客観面を充足することに問題はない。もっとも、当初の甲の認識では乙1人に対する傷害であったから、Aに対する認識を欠き傷害罪の構成要件の故意が阻却されないか問題となる。

2 基本事項

(1) 学説

A 具体的符合説

認識していた犯罪事実と発生した犯罪事実とが具体的に一致（符合）しない限り、発生した犯罪事実に対する故意を否定する。この説は、客体の錯誤の場合には符合を認めて故意を肯定するが、方法の錯誤の場合には符合を認めず、故意を否定する。

(理由)

- ① 客体の錯誤については、行為者が狙った客体に結果が発生しており、そこに錯誤はないというべきであるが、方法の錯誤では、行為者が狙った客体とは別の客体に結果が発生した以上、意図した客体を侵害したとはいえない。
- ② 容易に故意阻却を認めることができるから、既遂犯ではなく未遂犯もしくは過失犯として処罰することによって刑法の謙抑主義の要請を満たし得る。

(批判)

- ① この説は、方法の錯誤と客体の錯誤とで異なる取扱いをするが、それでは一貫しないし、そもそも両者の区別は困難である。
- ② 例えば、AがBの財物を損壊するつもりで石を投げたが、石がCの財物に当たり、これを損壊したという場合、具体的符合説によれば、理論上はBの財物に対する器物損壊罪の未遂犯とCの財物に対する過失による器物損壊罪が成立することになる。しかし、いずれも処罰規定が存在しないため無罪となり、処罰の間隙を生じ妥当でない。

B 法定的符合説

認識した犯罪事実と発生した犯罪事実とが、構成要件の評価として一致する限度で、発生した犯罪事実に対する故意を肯定する。

(理由)

故意の本質は、構成要件要素に該当する事実を認識し、規範に直面しながら、あえて実行行為に出たことにある。そうすると、構成要件で類型化された事実を認識しながら、あえて実行行為に出て結果を生じさせた以上、その結果が当初認識していた客体に生じたかどうかは重要ではない。

* B説（法定的符合説）においては、更に、行為者の攻撃の結果が、その意図した客体とともに、意図しなかった客体にも生じた場合にどのように取り扱われるべきか、即ち、故意の個数を問題にするかどうかで、次のような対立が生じている。

B₁ 数故意犯説

認識していた犯罪事実について故意犯が成立することはもとより、発生した犯罪事実についても、発生した結果の数だけ故意犯が成立し、各罪は観念的競合になるとする。

(理由)

法定的符合説は、理論的には、構成要件的に同価値である限りいずれの客体との関係でも故意を認め得るとする見解なのであり、「およそ人」といった基準で故意を認めるこの立場を前提とする以上、そのうちのいずれかの客体のみに故意を認めるような基準が並存し得るものではない。従って、故意の個数は問題とならない。

(批判)

例えば、「1人の人」を殺そうとしたにすぎない行為者について、数個の殺人罪を認めることは責任主義に反する。

(反論)

数個の故意犯の成立を認めても、観念的競合となるから処罰範囲を不当に拡大するとは言えず、責任主義には反しない。

B₂ 一故意犯説

発生した犯罪事実のうち最も重い結果に対し一個の故意犯の成立を認めれば足り、それ以外の結果に対しては、原則として、過失犯の成立を認めるべきであるとする。結論的には、より重い結果、あるいは結果が同等であれば本来の客体についてのみ故意犯の成立を認める。

(理由)

殺人罪を例にとると、人の生命が各個に独立して評価される法益である以上、構成要件の持つ罪数論上の意義からして、構成要件の故意の認識対象に客体の個数も含まなければならない。従って、故意の個数を無視すべきではない。

(批判)

① 例えば、XがA 1人を殺害しようとして1回発砲したことにより、Aに重傷を負わせ、Bを殺害してしまった場合、Bに対する殺人既遂罪を認め、Aには過失傷害罪を認めることになる。しかし、殺そうとしていた対象であるAに重傷を負わせながら過

失傷害罪にとどまるのは不合理である。

- ② 批判①の事例で、その後Aが死亡した場合には、Aに対する殺人既遂罪を認め、Bに対しては過失致死罪を認めることとなるが、いったん成立した犯罪の故意の内容がこのように変化するのは奇妙である。

(2) 判例

最判昭53.7.28は、犯人が強盗の手段として人を殺害する意思の下に銃弾を発射して殺害行為に出た結果、犯人の意図した者に対して右側胸部貫通銃創を負わせた他、犯人の予期しなかった者に対しても腹部貫通銃創を負わせたという事案において、以下のように判示した。

□ 最判昭53.7.28（刑法判例百選Ⅰ（第7版）42事件）

「犯罪の故意があるとするには、罪となるべき事実の認識を必要とするものであるが、犯人が認識した罪となるべき事実と現実に発生した事実とが必ずしも具体的に一致することを要するものではなく、両者が法定の範囲内において一致することをもつて足りるものと解すべきである…から、人を殺す意思のもとに殺害行為に出た以上、犯人の認識しなかった人に対してその結果が発生した場合にも、右の結果について殺人の故意があるものというべきである。」

* これは、B₁説（法定的符合説・数故意犯説）を採用しているものと考えられている。

3 本問における具体的検討

故意責任の本質は、規範に直面し反対動機が形成可能であるにもかかわらず、あえてそれを乗り越えた人格的態度に対する強い道義的非難であり、構成要件は違法有責行為の類型であることから、行為者の主観と客観のズレが同一の構成要件の範囲で符合している場合には、規範に直面しており、道義的非難は問えるので、構成要件の故意は阻却されないと考える。

本件での甲は乙という「人」を傷害する意図でAという「人」を傷害しており、甲の主観と客観のズレは傷害罪という同一の構成要件の範囲内で符合している。そして、このように故意を抽象化する以上、故意の個数は問題とならない。

よって、傷害罪の構成要件の故意は阻却されない。

③ 異なる犯罪の共同正犯

1 問題の所在

本問においては、甲のAに対する犯罪と、乙のAに対する犯罪とが、異なったものとなりうる。その場合、共同正犯が成立するか。

2 基本事項

(1) 学説

A 犯罪共同説

2人以上の者が特定の犯罪を共同して実現する場合を共犯とする（数人一罪）。

（理由）

- ① 構成要件の定型性を強調する（客観主義犯罪論（構成要件論）の立場から。）。
- ② 共同正犯も正犯であるから、実行行為を行う者を正犯と解する以上、共同正犯が成立するためには、一定の構成要件に該当する実行行為を共同にすることが必要である。

A₁ 完全犯罪共同説

1 個の、しかも同一の故意犯を共同ないし加担して実現する場合にのみ共犯を認めるべきとする。

（理由）

構成要件の定型性を強調する構成要件論の立場からすれば、自然である。

A₂ 部分的犯罪共同説

2人以上の者が異なった構成要件にわたる行為を共同ないし加担して行う場合においても、それらの構成要件が同質的で重なり合うものであるときは共犯を認めるべきとする。そして、重なり合う軽い罪の範囲で1個の共同正犯が成立する。

（理由）

共同正犯となるためには実行行為を共同して実現すれば足りるので、2つ以上の犯罪のうち構成要件的に重なり合う行為を実行行為として捉えれば足りる。

B 行為共同説

2人以上の者が特定の犯罪を共同して実現する場合はもちろんのこと、単なる行為を共同して各自の意図する犯罪を実現する場合も共犯とする（数人数罪）。

（理由）

- ① 犯罪の成否は犯人各自について独立にこれを論ずべきであり、共犯は自らの犯罪を遂行するについて事実を共同するにすぎないから、共同実行の意思、共同実行の事実は重要でなく、犯罪の結果について物理的ないし心理的因果関係を有する行為が認められる以上は、共犯関係が成立する。
- ② 共犯とは、各人が自己の犯罪実現のため他人を利用することにより、自己の因果的影響力を拡張するものである。

* 前田教授は、「行為共同説も、犯罪を『共同して実行した』ことは必要で、共同関係が、成立するそれぞれの犯罪類型の重要部分を占めていなければ、一部行為の全部責任の効果は認められない」とする（前田雅英「刑法総論講義（第6版）」P.344）。

(2) 判例

最決昭54.4.13（百選I（第7版）90事件）は、傷害の共謀をしたところ1人が殺意を持って犯罪を行った場合につき、「殺意のなかつた被告人Xら6名については、殺人罪の共同正犯と傷害致死罪の共同正犯の構成要件が重なり合う限度で軽い傷害致死罪の共同正犯が成立するものと解すべきである。」と判示した。この事案では、軽い故意を有する者には軽い故意犯の限度で共同正犯が成立するとされたため、このような判例の結論は、部分的犯罪共同説、行為共同説のいずれの立場からも説明することが可能であった。

その後の最決平17.7.4（百選I（第7版）6事件）は、入院中の患者を退院させてその

生命に具体的な危険を生じさせた上、その親族から患者に対する手当てを全面的にゆだねられた者が、患者に適切な治療を受けさせないで死亡させた、という事案について、「…被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である」と判示した。これによって、判例が部分的犯罪共同説を採用したとする評釈が多くある。

3 本間における具体的検討

本間においては、甲にはAに対する傷害罪、乙にはAに対する自動車運転過失致傷罪が成立しうる。60条の趣旨は、犯罪の因果に関与し、犯罪を実現した者を罰する点にある。とすれば、因果的関与の本質である「行為」を共同すれば犯罪を共同したといえる。

甲と乙には、自動車事故をよそおった保険金詐欺の計画の下、自動車に乗車している以上、前方に人が出てくることを予見し、ブレーキをかけ、ハンドルを操作して他人を怪我させない共同の注意義務を負っていた。それにもかかわらず、上記義務に反して甲と乙は、AにY車をぶつけ傷害を負わせている。

以上により、乙には自動車運転過失致傷罪の共同正犯（自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律第5条、刑法60条）が成立する。

④ 共犯関係からの離脱

1 問題の所在

本間において、丙に、甲の行った傷害罪（204条）および詐欺未遂罪（250条・246条1項）について共謀共同正犯（60条）が成立しないか検討すると、自己のための犯罪として共謀を行い、かかる共謀に基づき正犯意思を生じていることに問題はない。もっとも、丙は集合場所の事務所に赴かず、甲からの電話に対し「俺は抜ける」と答えていることから、共犯からの離脱が認められ、丙に傷害罪及び詐欺罪の共謀共同正犯が成立しないのではないかと問題となる。

2 基本事項

(1) 共犯関係にある2人以上の者の一部が犯罪の完成に至るまでの間に犯意を放棄し、自己の行為を中止してその後の犯罪行為に関与しないことをいう。

(2) 共同正犯関係からの離脱

因果的共犯論の立場からは、離脱の要件は、共犯行為による物理的因果性及び心理的因果性を除去することとされる。以下、実行の着手前と着手後に分けて、具体的要件を挙げる。

ア 着手前の離脱

(ア) 他の共謀者に対して共謀関係から離脱する旨の意思表示があり、(イ) 残余の共謀者が了承することによって因果性を遮断することを要するが、ここにいう離脱の意思表示は明示的であると黙示的であるとを問わない。

ただし、離脱が認められる根拠が因果性の遮断にある以上、首謀者については、単に離脱を告知し了承を得るだけでは足りず、実質的に共謀関係を解消させたと見られ得る積極的な行為

が必要であるとする見解が有力である（前田・川端）。

イ 着手後の離脱

（ア）（イ）のみならず、（ウ）結果発生防止のための積極的行為により因果性を遮断することを要する。

これは、既に実行に着手した後は、構成要件の結果発生に至る因果が設定されているため、その効果を解消することを要するからである。

(3) 最決平21.6.30（刑法判例百選Ⅰ（第7版）94事件）

「被告人は、共犯者数名と住居に侵入して強盗に及ぶことを共謀したところ、共犯者の一部が家人の在宅する住居に侵入した後、見張り役の共犯者が既に住居内に侵入していた共犯者に電話で『犯行をやめた方がよい、先に帰る』などと一方的に伝えただけで、被告人において格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく待機していた場所から見張り役らと共に離脱したにすぎず、残された共犯者らそのまま強盗に及んだものと認められる。そうすると、被告人が離脱したのは強盗行為に着手する前であり、たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し、残された共犯者らが被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共謀関係が解消したということとはできず、その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当である。」

※ この判決に対しては、「本決定の立場は、従来の実行の着手前後の区別からは逸脱しているようにもみえる。しかし、本件は住居に侵入して強盗を行うという犯行計画のもと、既に住居侵入した後の段階での離脱が問題となった事例であり、犯行計画全般を実質的に評価すれば、むしろ着手後の離脱に近い事例であったということが出来る…。さらにいえば、そもそも因果性遮断説の立場からは客観的には因果性の解消が要件とされるべきであることから、実行の着手の前後によって判断基準を異なって解する論理的必然性はない」という評釈がある（橋爪隆「刑法判例百選Ⅰ（第7版）」P.191）。

3 本問における具体的検討

共同正犯の一部実行全部責任の根拠は、共犯者が相互に心理的物理的影響を及ぼし合い、法益侵害結果を惹起する点にあるところ、かかる心理的物理的因果性が消滅した場合には、共犯からの離脱が認められ、共同正犯の罪責を負わないと考える。

本件で、共謀段階における丙の役割としては、甲と異なり首謀者ではない。また、甲乙のように犯行に必要な車の提供などを行っていないことから、物理的因果性の程度は低い。また、離脱の意思を表明した時期は実行着手前であり、具体的な法益侵害結果の危険は発生していない。さらに、甲乙は丙が計画に参加することを嫌がって連絡を絶ったという離脱の意図を認識しながら、なお犯行の継続を決定している。以上からすると、もはや当初の丙の心理的物理的影響は解消されている。

よって、丙には共犯からの離脱が認められ、傷害罪の共謀共同正犯は成立しない。また、かかる段階で共犯からの離脱が認められる以上、丙はそれ以降も共同正犯の罪責を負わず、丙は何ら罪責を負わない。

⑤ 詐欺罪

1 問題の所在

甲乙は、Bに対し、当初の計画通りに保険金の支払いを請求している。そこで、かかる行為について、詐欺未遂罪（250条、246条1項）の共同正犯が成立しないか。

2 基本事項

(1) 詐欺罪の実行行為は、人を欺いて財物を交付させることである。

- ① 詐欺行為をして
- ② それに基づき相手方が錯誤に陥り
- ③ その錯誤によって相手方が交付をし
- ④ それによって財物の移転があったこと

そして、①詐欺行為→②相手方の錯誤→③交付→④財物の移転が相当な因果関係（因果的連鎖）にあるときに詐欺罪は既遂に達する。どのように複雑な事実関係の事例でも、この基本的な図式を適用して解決すれば足りる。

(2) 詐欺行為（①）

「欺いて」とは、他人をだまして錯誤に陥らせることをいう。欺く手段・方法に制限がなく、言語によると、動作によると、また、直接的であると間接的であるとは問わない。

詐欺行為は、具体的状況のもとで、経験則上一般に人を錯誤に陥れる可能性のあるものでなければならない（大判大3．11．26）。

(3) 詐欺行為の相手方（②）

詐欺行為の相手方は、事実上または法律上被害財産の処分をなし得る権限ないし地位を有する者（処分権者）でなければならない（最判昭45．3．26）。

詐欺行為の相手方（被詐欺者）と処分権者は常に一致していなければならない。また、被詐欺者と財物の所有者、占有者（被害者）も通常は一致する場合が多い。しかし、詐欺罪の本質は、他人の瑕疵ある意思表示に基づき財物を不法に取得するという点にあるので、処分権者の意思に基づいて財物を取得するという事実があれば足りるため、被詐欺者と被害者が一致しているか否かは問わない。

それゆえ、銀行員を欺いて預金の払戻を受ける行為にも詐欺罪が成立する（大判明44．5．29）。これに対し、不動産売渡証書を偽造・行使し、登記官を欺き、自己への所有権移転登記をさせても、登記官には不動産の処分権限がないので詐欺罪は成立しない（大判大12．11．12）。

(4) 交付行為（③）

詐欺罪が成立するためには、その瑕疵ある意思表示に基づく財産上の処分行為がなされなければならない。1項詐欺では、この処分行為を特に「交付」という。この交付行為が存することが詐欺罪と窃盗罪（235条）の区別の基準となる。

(5) 財物の占有の移転 (4)

詐欺罪が成立するためには、交付と財物の占有の移転との間に因果関係が必要である。

(6) 既遂時期

既遂時期は、行為者の人を欺く行為によって相手方が錯誤に陥り、それに基づく財産的処分行為によって財物が交付されたときである。

①詐欺行為→②錯誤→③交付→④財物の移転との間に相当な因果関係がなければ本罪は既遂にならないから、②がない場合、すなわち、詐欺行為はあったが被詐欺者が錯誤に陥ることなく独自の意思で財物を交付した場合には、詐欺未遂罪を構成するにすぎない(大判大11・12・22)。

④の財物の移転とは、財物の占有が行為者または第三者に移転することをいい、被害者の支配を排除し行為者等がその支配を取得することをいう。具体的には動産については引渡のあった時点、不動産については現実に占有を移転するか、または所有権取得の移転登記が終了した時に完了し、既遂となる(大判大12・11・12)。

3 本問における具体的検討

甲乙間の自動車衝突事故が、甲乙間の共謀に基づきなされたものであること、及び、乙が実際には甲の従業員でないことを秘匿して、慰謝料請求及び休業損害について保険金の支払いを請求している。かかる事実を保険会社の担当者が知れば、保険金の支払いをしなかったであろうといえる。よって、甲乙の行為は、保険金の支払いという処分行為に向けられ、被欺もう者たるBがその事実を知れば保険金の支払いをしなかったであろうと認められる重要な事実につき欺く行為であり、欺もう行為にあたる。

もっとも、保険会社は事故情報について不審な点が発覚し、保険金を支払うという処分行為を行っていないため、甲乙は「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者」(43条本文)である。

以上により、甲と乙には、詐欺未遂罪の共同正犯が成立する。

【MEMO】

平成24年論文式試験・刑法〔辰巳法律研究所作成解答例〕

Memo

P.1 第1 甲の罪責

- 2 1 Y車にX車をぶつけて、乙に頸部捻挫の怪我を負わせた行為について
- 3 (1) かかる行為につき、甲に傷害罪（刑法（以下省略）204条）の共同正犯（60
- 4 条）が成立するか。
- 5 (2) 甲は、X車をY車に衝突させ乙に怪我を負わせ、生理的機能を害しているので、甲
- 6 の行為は傷害罪の構成要件に該当する。
- 7 もっとも、本件行為は被害者である乙の承諾に基づきなされていることから、かか
- 8 る被害者の承諾により違法性が阻却されないか。
- 9 ア 違法性の本質は社会的相当性を逸脱した法益侵害行為にあるから、諸般の事情を
- 10 考慮し、社会的に相当な行為といえる場合に限り、違法性が阻却されると考える。
- 11 イ 本件で被害者たる乙の承諾を得た動機、目的は、過失による自動車衝突事故であ
- 12 るかのように装い、保険金を騙取するという違法なものであり、加えて、傷害の方
- 13 法も自動車を衝突させるという生命侵害の危険も生じかねない危険なものである。
- 14 また、損傷の部位、程度も、頸椎という身体の枢要部に対しなされ、加療2週間と
- 15 という程度も低いものとはいえない。
- 16 ウ 以上のことからすれば、本件行為はたとえ乙の承諾を得ていたとしても、社会的
- 17 相当な行為であるとはいえず、違法性を阻却しない。
- 18 (3) 以上により、甲には乙に対する傷害罪が成立する。
- 19 なお、後述のように、乙には、乙に対する傷害罪は否定されるので共同正犯にはな
- 20 らない。
- 21 2 Aに手首骨折の怪我を負わせた行為について
- 22 かかる行為につき、甲に傷害罪が成立するか。

- ### P.2
- (1) 甲乙の衝突行為により、Aの右手首が骨折し生理的機能を害していることから、傷
- 害罪の共同正犯の構成要件の客観面を充足する。
- (2) もっとも、当初の甲の認識では乙1人に対する傷害であったから、Aに対する認識
- を欠き傷害罪の構成要件の故意が阻却されないか。
- ア 故意責任の本質は、規範に直面し反対動機が形成可能であるにもかかわらず、あ
- えてそれを乗り越えた人格的態度に対する強い道義的非難であることから、行為者
- の主観と客観のズレが同一の構成要件の範囲で符合している場合には、規範に直面
- しており、道義的非難は問えるので、構成要件の故意は阻却されないと考える。
- イ 本件での甲は乙という「人」を傷害する意図でAという「人」を傷害しており、
- 甲の主観と客観のズレは傷害罪という同一の構成要件の範囲内で符合している。よ
- って、傷害罪の構成要件の故意は阻却されない。
- (3) 以上により、甲にAに対する傷害罪の共同正犯が成立する。

第2 乙の罪責

- 1 甲乙丙が自動車事故を装い乙に頸部捻挫の怪我を負わせた行為について
- 傷害罪（刑法（以下省略）204条）の構成要件たる「人」は他人を意味するので、
- そもそも、構成要件該当性がなく、乙にはこの点なら犯罪は成立しない。
- 2 Aに手首骨折の怪我を負わせた行為について
- (1) 乙には、乙に対する傷害罪の故意がないためAに対する錯誤も認められず、Aに対
- する傷害罪は成立しない。そこで、乙に自動車運転過失致傷罪（自動車の運転により
- 人を死傷させる行為等の処罰に関する法律第5条）の共同正犯が成立しないか。
- ア 60条の趣旨は、犯罪の因果に関与し、犯罪を実現した者を罰する点にある。
- とすれば、因果的関与の本質である「行為」を共同すれば犯罪を共同したといえる。
- イ 甲と乙には、自動車事故をよそおった保険金詐欺の計画の下、自動車に乗車して
- いる以上、前方に人が出てくることを予見し、ブレーキをかけ、ハンドルを操作し
- て他人を怪我させない共同の注意義務を負っていた。
- ウ にもかかわらず、上記義務に反して甲と乙は、AにY車をぶつけ傷害を負わせて

5 いる。

6 (2) 以上により、乙には自動車運転過失致傷罪の共同正犯（自動車の運転により人を死
7 傷させる行為等の処罰に関する法律第5条、刑法60条）が成立する。

8 第3 丙の罪責

9 1 丙も乙と同様、共謀していた。もっとも、丙は集合場所の事務所に赴かず、甲からの
10 電話に対し「俺は抜ける」と答えていることから、共犯からの離脱が認められないか。

11 2 共同正犯の一部実行全部責任の根拠は、共犯者が相互に心理的物理的影響を及ぼし合
12 い、法益侵害結果を惹起する点にあるところ、かかる心理的物理的因果性が消滅した場
13 合には、共犯からの離脱が認められ、共同正犯の罪責を負わないと考える。

14 3 本件で、共謀段階における丙の役割としては、甲と異なり首謀者ではない。また、甲
15 乙のように犯行に必要不可欠な車の提供などを行っていないことから、物理的因果性の
16 程度は低い。また、甲乙は丙が計画に参加することを嫌がって連絡を絶ったという離脱
17 の意図を認識しながら、なお犯行の継続を決定している。以上からすると、もはや当初
18 の丙の心理的物理的影響は解消されている。

19 4 よって、丙には共犯からの離脱が認められ、傷害罪の共謀共同正犯は成立しない。

20 第4 Bに対し、当初の計画通りに保険金の支払いを請求した行為について

21 かかる行為につき、甲乙に詐欺未遂罪（250条、246条1項）の共同正犯が成立し
22 ないか。

P.4 1 欺もう行為（「欺」く行為）とは、処分行為に向けられ、かつ、被欺もう者がその事実を
2 知れば処分行為をしなかったであろうと認められる重要な事実について欺く行為をいう。

3 甲乙間の自動車衝突事故が、甲乙間の共謀に基づきなされたものであること、及び、
4 乙が実際には甲の従業員でないことを秘匿して、慰謝料請求及び休業損害について保険
5 金の支払いを請求している。かかる事実を保険会社の担当者が知れば、保険金の支払い
6 をしなかったであろうといえる。よって、甲乙の行為は、保険金の支払いという処分行
7 為に向けられ、被欺もう者たるBがその事実を知れば保険金の支払いをしなかったであ
8 るうと認められる重要な事実につき欺く行為であり、欺もう行為にあたる。

9 2 もっとも、保険会社は事故情報について不審な点が発覚し、保険金を支払うという処
10 分行為を行っていないため、甲乙は「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者」
11 （43条本文）である。

12 3 以上により、甲と乙には、詐欺未遂罪の共同正犯が成立する。

13 第5 罪責

14 1 甲について

15 甲は、①乙に対する傷害罪の単独犯、②Aに対する傷害罪の共同正犯、③詐欺未遂罪
16 の共同正犯が成立し、①と②は観念的競合（54条1項前段）となり、これと③が併合
17 罪（45条前段）となる。

18 2 乙について

19 乙は、①Aに対する自動車運転過失致傷罪の共同正犯、②詐欺未遂罪の共同正犯が成
20 立し、①と②は併合罪（45条前段）となる。

21 3 丙について

22 丙は前述のように何ら罪責を負わない。

以 上

平成24年論文式試験・刑法〔合格者再現答案①〕

刑法・評価A (1位～300位/受験者1635人)

Memo

P.1 第1 甲の罪責

2 1 乙に対する傷害罪(刑法(以下法令名省略)204条)の成否

3 (1) 甲が、X車前部をY車後部に衝突させて、乙に加療2週間を要する頸部捻挫の怪我を負わせた行
4 為につき、甲に傷害罪が成立するか。

5 (2) まず、上記行為は、乙の「身体」を「傷害」したものであり、甲には乙に傷害を負わせる故意も
6 あるから、傷害罪の構成要件該当性は認められる。

7 (3) もっとも、被害者乙は甲から傷害を受けることについて同意しているものであり、違法性が阻却さ
8 れるのではないか。

9 この点、刑法の目的は法益保護のみでなく社会倫理秩序の維持にもあるので、違法性の本質は、
10 社会倫理規範を逸脱した法益侵害にあると考える。

11 よって、法益侵害について被害者の同意があったとしても、同意が社会的相当性を欠く場合に
12 は、違法性は阻却されないと解する。

13 これを本件についてみるに、本件では、被害者乙は甲と共同して保険金を詐取するという違法
14 不当な目的をもって、自己への傷害行為について同意しているものであり、乙の同意は社会的相当
15 性を欠くものといえる。

16 よって、甲の傷害行為の違法性は阻却されない。

17 (4) 以上より、甲には乙に対する傷害罪が成立する。

18 2 Aに対する傷害罪の成否

19 (1) Aが加療約1か月間を要する右手骨折の怪我を負ったことにつき、甲は傷害罪の罪責を負うか。

20 (2) まず、甲が、X車前部をY車後部に衝突させたことによって、前方に押し出されたY車がAに接
21 触し、これによりAは上記傷害を負っているのに、甲の行為とAの傷害結果との間に条件関係は認
22 められる。

P.2 もっとも、刑法上の因果関係は発生した結果を行為者に帰責させるか否かを決定するためのも
2 のであるから、因果関係があるといえるためには、条件関係があるのみでなく、当該行為から結
3 果が発生したことが社会通念上相当であることをも要すると解する。

4 そして、因果関係が構成要件要素であり、構成要件は違法・有責行為を類型化したものである
5 ことに鑑み、相当性判断の際には、一般人が認識・予見しえた事情および行為者が特に認識・予
6 見していた事情を基礎とすべきであると解する。

7 本件では、具体的な事情は明らかではないが、路面の凍結は一般人の通常認識しうる事実であ
8 るから基礎事情となる。そのもとで、路面の凍結→Y車が予想以上に押し出される→歩行者Aに
9 衝突、という因果をたどることは社会通念上相当であるといえる。

10 よって、甲の行為とAの傷害結果との間に因果関係は認められる。

11 (3) そうだとしても、甲は乙以外の者に怪我を負わせることは認識していなかったものであるから、甲
12 にはAに対する傷害の故意は認められないのではないか。方法の錯誤の処理が問題となる。

13 思うに、故意責任の本質は規範を認識しつつ犯罪行為を行ったことに対する道義的非難にあり、
14 刑法上の規範は構成要件により与えられている。

15 よって、発生事実と認識事実とが構成要件の範囲内で符合する限り、行為者は規範に直面する
16 といえ、故意責任を問うことができると考える。

17 本件では、乙という「人」に対する傷害の故意でAという「人」に対する傷害結果を発生させ
18 ており、Aに対する傷害の故意を認めることができる。

19 (4) 以上より、甲にはAに対する傷害罪が成立する。

20 3 Bに対する詐欺罪(246条1項)の成否

21 甲が、X車に付している自動車保険の保険会社の担当者Bに対し、実際には発生しえない乙に対す
22 る慰謝料および乙の休業損害についての保険金の支払いを請求した行為は、挙動による欺罔行為にあ
たる。

P.3

2 もっとも、同保険会社による調査の結果、事故状況について不審な点が発覚し、保険金が支払われ

- 3 なかったのであるから、錯誤に基づく財物の交付がない。
- 4 よって、甲にはBに対する詐欺未遂罪（250条、246条1項）が成立する。
- 5 第2 乙の罪責
- 6 1 Aに対する犯罪の成否
- 7 (1) まず、乙は甲と共同してAに傷害を負わせたものとして傷害罪の成否を問題としうが、乙には
- 8 自分以外の「人」に対して傷害を負わせる意図がないから、そもそも何人に対する傷害の故意もな
- 9 く、事実の錯誤についてどのような立場に立とうとも、傷害罪の成立を認めることはできない。
- 10 (2) もっとも、乙は、「自動車の運転上必要な注意を怠り」、それによってAに傷害を負わせたもので
- 11 あるから、乙にはAに対する自動車運転過失致傷罪（211条2項本文）が成立すると考える。
- 12 2 Bに対する詐欺罪の成否
- 13 乙は甲とともに、Bに対して保険金請求を行っており、甲同様、Bに対する詐欺未遂罪が成立する。
- 14 第3 丙の罪責
- 15 (1) 丙は、乙に対する傷害行為および、Bに対する保険金詐欺について甲、乙らと共謀を行っているが、
- 16 実行予定日になって犯罪に関与することが怖くなり、実際には犯行を行っていない。
- 17 このような丙については、傷害罪および詐欺未遂罪の共謀共同正犯が成立しうが、丙は自ら犯行
- 18 から離脱したのであるから、共犯からの離脱が認められないかが問題となる。
- 19 (2) この点、共犯の処罰根拠は、共犯が正犯ないし他の共同正犯者に心理的・物理的因果を及ぼして、
- 20 その行為を介して法益侵害結果を実現する点にあるから、そのような心理的・物理的因果を切断した
- 21 場合には、共犯関係からの離脱が認められると解する。
- 22 本件では、丙は犯行に使用する自動車などの道具をなんら提供しておらず、物理的因果はそもそも
- P.4** 認められない。
- 2 では、心理的因果についてはどうか。
- 3 確かに、X車を丙が運転し、また、支払いを受けた保険金は三人の間で分配することを計画するな
- 4 ど、丙が犯行において主要な役割を演じることが計画されていたといえ、この点では丙の甲、乙に対
- 5 する心理的因果は強かったといえる。
- 6 しかし、犯行着手前に、丙は電話で甲、乙に対し「俺は抜ける」と明確に離脱の意思表示をしてい
- 7 る。また、それを認識した甲、乙は、甲が丙の代わりにX車を運転し、その他は予定通りに計画を実
- 8 行することにしたというのであり、この時点で甲、乙は丙の離脱を了承したといえ、心理的因果も切
- 9 断されたといえる。
- 10 (3) よって、物理的・心理的因果の切断が認められ、丙にはなんらの犯罪も成立しない。
- 11 第4 共犯関係
- 12 甲、乙には、Bに対する詐欺未遂罪の共同正犯（60条、250条、246条1項）が成立する。
- 13 甲のAに対する傷害罪および乙のAに対する自動車運転過失致傷罪については、故意犯と過失犯とい
- 14 う点で異質なものであるから、共同正犯は成立しないと考える。
- 15 第5 罪数
- 16 (1) 甲の乙およびAに対する傷害罪は、観念的競合（54条1項）となり、これとBに対する詐欺未遂
- 17 罪の共同正犯は、併合罪（45条前段）となる。
- 18 (2) 乙のAに対する自動車運転過失死傷罪とBに対する詐欺未遂罪の共同正犯は、併合罪となる。
- 19 以上

→(現)自動車の運
転により人を死
傷させる行為等
の処罰に関する
法律第5条

平成24年論文式試験・刑法〔合格者再現答案②〕

刑法・評価A (1位～300位/受験者1635人)

Memo

P.1 一. 丙の罪責

2 甲乙丙は交通事故を偽装して保険金につき詐欺行為を計画したが、
3 丙は交通事故を偽装する段階になって、計画に参加しなかったが、
4 甲乙によってその後の計画が実行されているので、丙の共犯関係の
5 離脱が問題となる。

6 まず、丙は保険金詐欺行為に先行する交通事故の偽装の実行を行
7 うものとしての役割を有しており、共犯関係において重要な因果的
8 寄与を持っていたから共同正犯からの離脱が問題となる。

9 その一方で丙が果たす役割は交通事故の偽装の実行が主たるもの
10 でこれ以外に主要な役割を果たすわけではないこと、交通事故に使用
11 される自動車は甲及び乙のもので物理的因果寄与も小さいこと、
12 本件では甲が首謀者であって丙が共犯の首謀者でないこと、丙は交通
13 事故の偽装が行われる前に甲及び乙に対して犯罪の実行をやめる
14 ように伝え、甲乙もこれを認識していること、丙の意思表示を認識
15 した上で改めて犯罪実行の意思決定を甲乙が行っていることを考慮
16 すると、もはや丙の共犯への因果的寄与は切断されたといえるため、
17 丙は共犯関係から離脱したと評価できる。

18 従って丙はいかなる罪責も負わない。

19 二. 甲の罪責

20 1. 乙の負傷についての罪責

21 甲は交通事故を起こしたときに乙に対して怪我を負わせたが、
22 これは甲乙の計画の範囲内であるため、乙の同意があるから違法
P.2 性が阻却されて、甲が傷害罪(204条)の罪責を負う事はない
2 とも考えられる。

3 しかし、本件では交通事故は保険金詐欺に向けられており不当
4 な目的を有する物である。このような場合に違法性阻却を適切で
5 はないから、同意の目的、損傷の部位、程度などを考慮して同意
6 の有効性を決するべきである。

7 判例も保険金詐欺に向けられた交通事故の事例で不当な目的か
8 ら傷害の同意の有効性を否定している。

9 本件について検討すると、傷害の同意の目的は後の保険金詐欺
10 のためになされたものであること、損傷は加療約2週間の頸部捻
11 挫であるから同意は無効であると考えられる。

12 よって乙の同意によって違法性は阻却されないから甲は乙の傷
13 害について罪責を負う。

14 2. Aの負傷についての罪責

15 甲は乙の乗る自動車に自己の運転する自動車をぶつけて、乙に
16 対して傷害を与える故意を有していたが、思いがけずAに対して
17 傷害を与えているから、故意が符合してAに対する傷害罪を構成
18 するかが問題となる。

19 方法の錯誤が本件では問題となっているが、錯誤についていかな
20 なる場合に符合を認めるかが問題となるが、およそ何らかの犯罪
21 事実について故意があれば足りるとするのでは故意が自らの認識
22 した範囲でのみ責任を負うことから妥当でない。またあらゆる事
P.3 実について認識した事実と結果としての事実が一致しない限り故
2 意が認められないとするのは妥当でない。故意が犯罪を構成する

- 3 事実についての認識であることからすると、事実が構成要件の範
4 囲で一致する場合に事実の符合を認めるのが妥当であるとする。
5 本件では傷害の対象について乙とAは人として同一構成要件の
6 範囲であるから、事実の符合がみとめられるので甲はAの傷害に
7 について故意を有しているといえる。
8 従って甲の行為はAに対する傷害罪を成立させる。乙の傷害に
9 については観念的競合の関係に立つ。(54条)
- 10 3. 保険会社への詐欺行為についての罪責
11 甲は自動車の保険会社の担当者Bに対して偽装した交通事故で
12 生じた乙の紹介に関する保険金の支払いを請求した。しかし同保
13 険会社は調査し事故状況について不審な点が発覚したため保険金
14 を支払わなかった。
15 従って人を欺いて交付をさせようとしたが、被偽罔者が交付す
16 るにいたらなかったのであるから詐欺罪(246条)の未遂罪を
17 構成する(250条)。
- 18 三. 乙の罪責
19 1. 乙の傷害についての罪責
20 乙にとって自己の傷害については不可罰であるから自己の傷害
21 についてなんら罪責を負わない。
22 2. Aの傷害についての罪責
- P.4** 乙は甲と交通事故の偽装を共同で実行しておりその際にAに対
2 して傷害を与えているのであるから、Aの傷害につき甲と共同正
3 犯の傷害罪の責任を負う。
- 4 3. 保険会社への詐欺行為についての罪責
5 乙は甲と共同してBに対して偽罔行為を行ったが、保険会社は
6 交付を行っていない。
7 従って乙は詐欺罪の未遂罪について甲と共同正犯の罪責を負う。
8 以上

平成24年論文式試験・刑法〔不合格者再現答案〕

刑法・評価D (901位～1200位/受験者1635人)

Memo

P.1 第1 甲の罪責について

2 1, 乙に頸部捻挫の怪我を負わせたことについて

3 (1) 甲はX車を運転し, 乙の乗車するY車に衝突させ, 乙に加療約2週間を要
4 する頸部捻挫の怪我という生理機能障害を負わせている。これは, 傷害(刑
5 法(以下, 略する)204条)の構成要件に該当するところ, 甲, 乙の計画
6 に沿ってなされたものであり, 乙は, 傷害結果を承認していたものと解され
7 る。乙の承諾は, 違法性を阻却するか。

8 (2) 思うに, 刑法は, 法益保護機能のみならず社会倫理秩序維持機能も有し,
9 違法とは, 社会的相当性を逸脱した法益侵害およびその危険性である。だと
10 すると, 当該行為が社会的に相当である時には, 違法性は阻却される。本件
11 のように被害者の承諾がある場合, 具体的には, ①承諾が行為時に存在して
12 いること, ②承諾が有効であること, ③承諾が被害者の処分可能な法益に関
13 するものであること, ④承諾が外部に表示されていること, ⑤行為者が承諾
14 を認識していること, ⑥行為の態様が社会的に見て相当であることが必要で
15 ある。

16 (3) 本件においては, ①～⑤は満たされているもの, 甲, 乙は保険金詐欺とい
17 う違法な目的を持って, 交差点内で事故を起こすという, 周囲への損害, 交
18 通への影響が強く想定される方法で行っているため, 行為態様は社会的に相
19 当とはとてもいえない。

20 (4) よって, 乙の同意は違法性を阻却せず, 甲には傷害罪(204条)が成立
21 する。

22 2, Y車損壊について

P.2 甲は, 乙という他人の所有物であるY車を損壊している。所有者乙の承諾が
2 あるものの, 上述と同じ理由で, 違法性を阻却せず, 甲にはY車器物損壊罪
3 (261条)が成立する。

4 3, A手首骨折について

5 甲は乙以外のものに怪我を負わせることを認識していなかったが, 予想外に
6 Aに傷害を負わせてしまっている。これは過失傷害罪(209条1項)にあたら
7 ないか。過失とは, 注意義務違反をいう。そして, たとえ減速していたとは
8 いえ, 交差点内で車の衝突事故を起こせば, 周囲の通行者に何らかの傷害を与
9 えかねないことは, 容易に予想可能であり, また, 運転免許を受け, 車を運転
10 する甲には当然そのことを予見する義務があった。そして, そのことを予見し
11 たのならば, 結果を回避すべきところ, その回避は, 甲の, X車をY車に衝突
12 させるという行為を放棄すれば良いのであり, それは違法行為なのであるから,
13 その義務もあった。よって, 甲には注意義務違反があり, 過失傷害罪(209
14 条1項)が成立する。

15 4, Bへの保険金支払請求について

16 これは詐欺罪(246条1項)にあたらぬか。詐欺とは, 「人を欺いて」,
17 錯誤に陥らせ, 「財物を交付させ」る犯罪である。とすれば, その実行行為で
18 ある「欺く」行為とは, 人をして財産的処分を促すような錯誤に陥らせる行為
19 を言うものと解される。本件においては, 甲は, 乙と共に, 交通事故を偽装し,
20 医師に症状を大げさに訴えて治療を受け, そのことに基づく損害賠償につい
21 ての保険金の支払請求をしている。このような請求がなされれば, 乙が錯誤に陥
22 り, 保険金が支払われてしまう怖れは十分にあると解され, 甲の行為は「欺く」

P.3 行為に該当する。そして, 調査の結果, 保険金が支払われなかったのである
2 から, 甲には, 詐欺未遂罪(246条1項, 250条)が成立する。

3 第2 乙の罪責について

4 1, A手首骨折について

5 乙は、交差点の停止線の手前にY車を停止させていただきであり、A傷害に
6 ついてなんらの違法行為もしていないかのようにみえる。しかしながら、乙は、
7 甲と共謀のうえ、保険金詐欺計画の一部の役割分担として、Y車を停止させ、
8 そこに計画通りに甲がX車を衝突させたのである。とすれば、乙の停止行為は
9 単独で評価すべきではなく、規範的に見て甲の衝突行為と一連一体のものとし
10 て評価されるべきである。とすると、甲の罪責で検討したのと同様に、甲、乙
11 は、衝突によって、周囲の通行者に危害を及ぼさない共同の注意義務を負って
12 いたと認定できる。よって、乙には、過失傷害罪の共同正犯（209条1項、
13 60条）が成立する。

14 2, Bへの保険金支払請求について

15 乙は、甲と、Bへの保険金支払請求という、詐欺罪の実行行為を共同して実
16 行しているので、甲の場合と同様に検討し、乙には、詐欺未遂罪の共同正犯
17 （246条1項、250条、60条）が成立する。

18 第3 丙の罪責について

19 1, 丙は、当初、甲、乙と共に、一連の保険金詐欺計画の共謀に参加していたも
20 のの、計画の実行予定日になって関与することが怖くなり、実行には参加しな
21 かった。丙には、一度成立した共謀からの離脱が認められるか。

P.4

2 2, 思うに、共同正犯（60条）が、重い一部実行全部責任を負うのは、二人以
3 上のものが相互に利用・補充しあうことによって、犯罪の遂行を確実にしたか
4 らである。とすれば、物理的にも、心理的にも、この利用・補充関係が解消さ
5 れたと評価できるのであれば、共犯からの離脱が認められる。

6 3, 本件においては、物理的には、丙は、実行行為に全く参加していないので
7 あるから、物理的因果はなんら加えておらず、道具等も提供していないから、単
8 純な不参加によって物理的利用・補充関係は存在しない。

9 4, 次に、心理的側面を検討する。たしかに、丙は、携帯電話の通話で「俺は抜
10 ける」と告げただけで、心理的利用・補充関係切断の努力を十分しているとは
11 いえない。しかしながら、本件の計画は、甲が主導して計画立案したものであ
12 り、利益の分配も、三人の間で分配であり、三者間は対等で、丙が特段の強い
13 心理的影響力を持っていたとは考えられない。また、丙は、当初の計画では、
14 X車を衝突させるという重要な役割を分担しているものの、現に丙が不参加で
15 も、甲、乙は役割分担を修正して実行に移しているもので、丙が計画の中で不可
16 欠の存在であったとは解されない。思うに、甲、乙は、丙からの離脱の表明を
17 受け、電話に応答しなくなったことを受け、新たに計画を練り直し、共謀を再
18 成立させたとも考えることができる。よって、丙とは、心理的な面においても、
19 利用・補充関係が切断されていると解される。

よって、丙は、共犯からの離脱が認められ、犯罪は成立しない。

以上

[旧司法試験平成21年度刑法第1問]

甲及び乙は、路上を歩いていた際、日ごろから仲の悪いAと出会い、口論となつたところ、立腹したAは甲及び乙に対し殴りかかった。甲は、この機会を利用してAに怪我を負わせてやろうと考えたが、その旨を秘し、乙に対し、「一緒に反撃しよう。」と言つたところ、乙は甲の真意を知らずに甲と共に反撃することを了承した。そして、甲は、Aの頭部を右拳で殴り付け、乙は、そばに落ちていた木の棒を拾い上げ、Aの頭部を殴り付けた結果、Aは路上に倒れ込んだ。この時、現場をたまたま通りかかった丙は、既にAが路上に倒れていることを認識しながら、仲間の乙に加勢するため、自ら別の木の棒を拾い上げ、乙と共にAの頭部を多数回殴打したところ、Aは脳損傷により死亡した。なお、Aの死亡の結果がだれの行為によって生じたかは、明らかではない。

甲、乙及び丙の罪責を論ぜよ（ただし、特別法違反の点は除く。）。

【出題趣旨】

本問は、相手方による急迫不正の侵害に対して、共同で反撃行為としての暴行を加え、更に他の者がこれに加担して暴行を加え続けたところ、相手方が死亡したが、死因がいずれの暴行によるかは不明であったという事例を素材として、これを的確に把握し、分析する能力を問うとともに、正当防衛、共同正犯と過剰防衛、承継的共同正犯等に関する理解及びその事例への当てはめの適切さを問うものである。

【MEMO】

旧司法試験平成21年度刑法第1問〔辰巳法律研究所作成解答例〕

Memo

P.1 第1 甲の罪責

2 1 甲のAの頭部を殴り付けるという行為は、人の身体に対する不法な有形力の行使に
3 あたるから、暴行罪（208条）の構成要件に該当する。

4 2(1) その後、かかる暴行を加えられたAは脳損傷という傷害によって死亡している
5 ところ、乙丙もAの頭部に暴行を加えているから、死傷の結果が誰の行為によって生
6 じたか不明である。そこで、甲乙丙が「共同して犯罪を実行した」（60条）とし
7 て共同正犯が成立し、A死傷の結果との因果関係を認めて、甲に傷害致死罪（20
8 5条）が成立しないか。

9 (2) 共同正犯の成否について検討する。

10 まず、甲は乙に「一緒に反撃しよう。」と言って、ともにAの頭部を殴り付けて
11 おり、共同実行の意思のもと共同実行に及んでいるから、「共同して犯罪を実行し
12 た」といえ、甲乙間では共同正犯が成立する。

13 一方で、Aが路上に倒れこんだ時点で侵害が終了したと解され、その後新たに甲
14 と丙が共謀したという事情が見あたらないので、「共同して犯罪を実行した」とい
15 えず、甲丙間では共同正犯が成立しない。

16 (3) 甲丙間で共同正犯が成立しないとなると、丙の行為から結果が生じた可能性
17 がある以上、死傷の結果との因果関係が認められないとも思える。しかし、甲乙と丙の
18 いずれが「傷害を生じさせた」（207条）か不明であるとして、同時傷害の特例
19 により、共同正犯として処断され、因果関係が認められないか。

20 本件では、甲乙丙が暴行を加えAに傷害が生じているから、「二人以上で暴行を
21 加えて人を傷害した場合」といえる。そして、誰の行為から死亡が生じたか不明で
22 あり、死亡を生ぜしめた脳損傷の傷害結果を生じさせたのが誰も不明であるから、
P.2 「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」にあたる。

2 よって、同時傷害の特例により、少なくとも傷害の範囲で「共犯の例」即ち共同
3 正犯として処断され、脳損傷の傷害結果について因果関係が認められる。

4 (4) さらに、本件ではAは脳損傷により死亡している。そこで、甲は、死亡結果につ
5 いても同時傷害の特例の適用により因果関係が認められ、傷害致死罪（205条）
6 の構成要件に該当しないか。

7 この点、同時傷害の特例は「疑わしきは被告人の利益に」の原則に対する例外で
8 あるから、適用要件は厳格に解すべきところ、207条は「傷害した場合」とし
9 ているのだから、傷害罪についてのみ適用されると考える。従って、死亡結果につ
10 いては同時傷害の特例は適用されない。

11 本件でも、Aが脳損傷により死亡しているが、この死亡結果については同時傷害
12 の特例は適用されず、甲の行為とA死亡の結果との因果関係は認められない。

13 よって、甲の行為は傷害罪の構成要件に該当するにすぎない。

14 3(1) 甲の行為は傷害罪の構成要件に該当するが、甲はAが殴りかかったのに対する反
15 撃という形で行為をしているから、正当防衛（36条1項）が成立し違法性が阻却
16 され、傷害罪の罪責を負わないのではないか。正当防衛の成否を検討する。

17 (2) 本件では、被害者Aが甲に殴りかかっているから、「急迫不正の侵害」がある。

18 (3) もっとも、甲は、Aが殴りかかった機会を利用して、Aに怪我を負わせてやろう
19 と考えて行為に及んでいるから、「防衛するため」といえないのではないか。

20 この点、違法性の本質は社会的相当性を欠く法益侵害であるから、違法性阻却の
21 ためには主観的正当化要素を要求すべきである。そこで、「防衛するため」とい
22 えるためには、防衛の意思を要求すべきである。

P.3 本件についてみると、甲はAの侵害行為を利用する意思で行為に及んでいるから、
2 積極的加害意思により行為を行っているといえ、もはや正当化すべき防衛の意思を
3 欠き、「防衛するため」といえない。

4 (4) よって、甲の行為に正当防衛は成立しない。

5 4 以上より、甲は傷害罪の罪責を負う。

6 第2 乙の罪責

7 1 乙は、それぞれ甲丙と「共同して」Aに暴行を加え、三人の暴行によってAに傷害
8 致死の結果が生じているから、乙の行為は傷害致死罪の構成要件に該当する。

9 2(1) もっとも、乙はAが殴りかかったのに対する反撃として上記行為に及んでいるから、
10 正当防衛として違法性が阻却されないか。

11 (2) 前述の通り、Aの行為は「急迫不正の侵害」にあたり、また、乙は甲と異なり、
12 Aの侵害に反撃する意図しかないから、防衛の意思が欠けるところはなく、「防衛
13 するため」といえる。

14 もっとも、乙は、Aが素手で殴りかかったのに対して、木の棒で頭部を殴り付け
15 ており、侵害に対して過剰な行為といえるから、「やむを得ずにした」相当な行為
16 といえない。

17 (3) 従って、36条1項の正当防衛は成立しないから、違法性は阻却されず、「防衛
18 の程度を超えた行為」(36条2項)として、過剰防衛が成立するにすぎない。そ
19 して、36条2項の根拠は、緊急状態下での興奮等により責任が減少する点にある
20 と解されるので、その効果は個別に決するべきであり、甲丙には及ばない。

21 3 以上より、乙は傷害致死罪の罪責を負うも、過剰防衛として刑の減免を受け得る。

22 第3 丙の罪責

P.4 1 丙はAの頭部を殴打しており、暴行罪(208条)の構成要件に該当する。

2 2 さらに、丙は、甲乙と共同して行為をしたとして、死傷の結果についても因果関係
3 が認められ帰責されないか。丙が加勢する前にも甲乙らの行為があり、加勢前の行為
4 から死傷の結果が生じた可能性があるところ、加勢前の行為についても、丙は承継的
5 共同正犯として傷害罪ないし傷害致死罪の罪責を負わないか検討する。

6 この点、個人責任の原則から、後行者が共同正犯としての責任を負うのは、加勢後
7 の行為に限られるのが原則であると考ええる。ただ、後行者が、先行者の行為を自己の
8 犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもと、現にそのような手段として利用
9 した事実がある場合には、「共同して犯罪を実行した」(60条)としても個人責任の
10 原則に反しないから、後行者についても先行者の行為・結果を含む犯罪の全体につい
11 て共同正犯が成立すると考える。

12 本件についてみると、問題となっている行為は暴行であり、たまたま通りかかって
13 Aを殴打しただけの丙に、これを犯罪遂行の手段として利用する意思・事実はない。
14 従って、承継的共同正犯は成立しない。

15 3 もっとも、同時傷害の特例によって、結局共同正犯として処断される。なぜなら、
16 207条は共犯類似の事案に対処するための規定であり、共犯関係がある場合に適用
17 されるのは当然と考えられるからである。ただ、死亡結果については適用されない。

18 4 以上より、丙の行為と傷の結果については因果関係があり、丙は傷害罪の罪責を負う。

19 第4 共犯関係

20 以上、甲には傷害罪、乙には傷害致死罪、丙には傷害罪が成立するところ、これらは
21 異なる犯罪ではあるが、傷害という点で重なり合いがみられるから、甲乙丙は傷害罪の
22 範囲で「犯罪を共同」したこととなる。 以上

◇ 司法試験出題趣旨・採点実感等 ◇

(平成28年司法試験刑事系第1問出題趣旨より)

丙は、某組では乙の弟分の地位にあり、前述のとおり、乙から本件強盗への協力を頼まれたものの、これを実行する日に別の用事があったためにその依頼を断った。しかし、乙が本件強盗を実行する当日である某年9月12日、前記用事が予定よりも早く終わったことから、乙が強盗するのを手伝おうと考え、また、分け前も欲しかったことからV方へ向かい、開いていた玄関からV方内へ入り込んだ。そうしたところ、乙は、V方寝室の床にVが右ふくらはぎから血を流して横たわっているのを見付け、その後、V方6畳間にいた乙から、乙がVの右ふくらはぎを刺したこと、Vは身動きがとれないので簡単に現金を奪うことができること、分け前をもらえることなどを聞くと、分け前欲しさから、乙を手伝って現金を手に入れることに決めた。その上で丙は、乙と共にV方金庫内から現金500万円を取り出し、これを乙が用意していたかばんの中に入れ、その後、そのかばんを持ってV方から出て、分け前として前記500万円のうち150万円を受け取った。

まず、丙は、乙の強盗行為を手伝う目的で玄関からV方に入り込んでいることから、住居侵入罪が成立することを簡潔に指摘する必要がある。なお、丙の住居侵入罪に関しては、乙との共謀が成立する前のものであり、単独犯となることも端的に指摘する必要がある。

また、丙は、その後、乙と共にV方金庫内にあった現金をV方外へ持ち出しているが、これが容易に可能となったのは、Vが、乙から右ふくらはぎをナイフで刺されて血を流して動けない状態となっていたためであった。既に検討しているように、乙がVの右ふくらはぎをナイフで刺した行為は強盗罪の暴行に該当することから、さらに、丙がVのそのような状況を利用して乙と共に現金を手に入れた行為につき、丙にいかなる犯罪が成立するかを検討する必要がある。

その検討に当たっては、いわゆる承継的共犯の成否を論じる必要があるところ、その際には問題の所在を意識した論述を行う必要がある。すなわち、丙と乙との間の共謀はV方で成立した現場共謀であることを指摘しつつ、丙が関与する前（共謀成立前）の乙の行為に関して責任を負うことがあり得るのかについて、共犯の処罰根拠を含めて、承継的共犯の問題につき説得的に規範定立を行い、その上で、定立した自説の規範に、具体的な事実を指摘して的確な当てはめを行うことが求められる。

具体的には、承継的共犯について、いわゆる中間説（限定的肯定説）の立場を採った場合には、丙が乙の先行行為によって生じた状況を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したか否かを論じる必要がある。この点に関しては、丙が分け前をもらえると考えていたことや、丙はVが身動きできないので簡単に現金を奪うことができると考えていたことなどの各事実を的確に指摘して結論を導き出すことが求められ、その上で、Vの傷害・死亡結果について丙もその責任を負うかにつき、丙が何を利用したのかなどを意識し、理由付けも含め的確に論じることが求められる。

また、承継的共犯について、いわゆる全面的否定説の立場を採った場合には、丙に窃盗罪が成立することになると考えられる。その結論を導くに当たっては、Vは丙が関与する前に既に乙の行為によって反抗を抑圧されており、丙はVに一切の暴行・脅迫を加えておらず、かつ、Vも丙の存在を認識していないことなどの各事実を的確に指摘して説得的に論じることが求められ、さらに、乙とはいかなる範囲で共同正犯が成立するのかも含め的確に指摘する必要がある。

なお、丙の罪責に関しては、前述以外にも、乙と丙は強盗罪の実行行為の一部を共同しているとして強盗罪の範囲で共同正犯が成立するとする見解や、丙には窃盗罪の他に強盗罪の幫助犯が成立

するとする見解などが存する。

このように種々の見解が存することから、承継的共犯の規範定立に当たっては、自説のみを論じるのではなく反対説を意識して論述するのが望ましいものといえ、また、承継的共犯に関しては近時の判例（最二決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁）もあることから、その点も意識した論述ができることがより望ましいものといえる。

そして、罪数についても論じる必要がある。

（平成28年司法試験の採点実感等に対する意見（刑事系科目第1問）より）

丙の罪責を検討するに当たって論じるべきと思われる点は、①住居侵入罪の成否、②乙の強盗行為に途中から加担して現金を手に入れたことに関する承継的共犯の成否である。

まず、①の点については、乙の罪責のところで述べたのと同様に簡潔に論じることが求められていたが、大多数の答案はその旨の論述ができていた。

次に②の点については、承継的共犯についての問題の所在を意識しつつ、的確な規範定立を行うことが求められていたところ、大多数の答案は相応に論述されていたが、いわゆる論証パターンに沿った論述に終始していると思われるものがほとんどであり、共犯の処罰根拠を含め、承継的共犯の問題の所在について意識した上で的確に論述されていると認められた答案は少数であった。また、承継的共犯の肯否に関しては、いわゆる中間説（限定的肯定説）を採るものがほとんどであったが、規範定立と事実の当てはめが一致していない答案も少なからず見受けられたところであり、これらの答案は事実を拾って説得的に論じるとの意識が乏しいと思われた。なお、承継的共犯に関しては、近時の最高裁判例（最二決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁）が存在するところ、同判例を意識して論述していた答案は少数であったが、いわゆる重要判例のある問題点については、これらを意識して論述することがより望ましいものといえる（※上記最高裁判例については、当初掲載した採点実感等に関する意見では平成26年と記載していましたが、平成24年の誤りでしたので訂正しました）。

丙につき承継的共犯の成立を肯定した場合には、次に丙がVの死亡結果について責任を負うかを論じる必要があったところ、理由もなく丙がVの死亡結果について責任を負うとした答案が相当数存在したが、この結論が妥当かは疑問なところであり、このような答案については、承継的共犯を正確に理解できているのか、疑問を抱かざるを得なかった。

また、全面的否定説の立場を採って承継的共犯を否定するなどして、丙について窃盗罪の成立を認めた場合には、Vは丙が加担する前に既に乙の暴行・脅迫によって反抗を抑圧されており、丙はVに対して一切の暴行・脅迫を加えておらず、かつ、Vも丙の存在を認識していないことなどの、問題文に現れた事実を指摘して説得的に論じた上で、乙とはいかなる範囲で共同正犯が成立するのかを検討し、これらを的確に論述することが求められていたところ、前者については概ね指摘して論述することができていても、後者の共同正犯の成立範囲についてまで検討できていた答案は少数であった。これは各論点の体系的な位置付けや論点相互間の理論的結び付きについての理解が不十分なためではないかと思われた。