

大学在学中に予備試験合格を目指す方へ

# 予備試験合格のための 予備スタ論・予備スタ短活用法

辰巳専任講師・弁護士

松永 健一 先生

---

## 辰巳法律研究所

---

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA



2018. 2. 18 LIVE実施

2018年 予備試験スタンダード論文答練（第2クール）

第13回（刑法／刑事訴訟法3）刑法より

※問題文・解答例・解説等は，原則として出題当時のまま掲載しております。

## 【問題】

以下の事例に基づき、甲、乙及び丙の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい。

1 平成29年7月4日、甲（40歳、男性）は、乙（35歳、男性）と久しぶりに再会し、居酒屋で話をしていた。甲は、自身が日頃頻繁に通っているAビル内のパチンコ店（以下「B店」という。）では、同店を経営する本社から毎週、社員が集金に来ることを知り、これを奪って現金を得ようと考え、乙を誘い出したのであった。

甲が、乙に対し、この計画を打ち明け、乙にもこれに加わってほしいと頼むと、乙は、初めはこの計画に加わることに難色を示した。しかし、乙は、甲から、甲が集金に来た本社社員を襲っている際に、甲が不利な状況であれば乙にも一緒に襲ってほしいが、乙は基本的には見張りをすればよいし、奪った現金の3割を分け前として乙に与えると言われると、乙は、生活が困窮していて金が欲しかったため、これを了承し、この計画に加わることにした。

2 同月7日午後6時、甲及び乙は、共にAビルへ向かい、Aビルの近くで集金車を待ち構えていた。すると、日頃からB店で甲と顔なじみである同店店員丙が通り掛かった。丙は、甲及び乙の様子がおかしいことから甲に話し掛けたところ、甲から、集金に来た本社社員からB店の売上金を含む現金を奪い取る計画を打ち明けられた。

丙は、困惑し、甲にそのようなことをやめるように促したが、甲から「大丈夫。丙には関係がないことだから。」と言われたため、丙は、「関係がないならいいです。」と答え、それ以上、甲及び乙が上記計画を実行に移すことを止めようとはしなかった。

丙は、B店において、業務全般に関与する者として、同店店舗内に置かれたゲーム機、メダル販売機、玩具機の各売上金を袋に納め、これを同店内の金庫の中に保管する職務を負っていた。このように保管された上記売上金は、毎日各パチンコ店を巡回して各店舗の売上金を集金する本社社員が収集して本社に運んでいた。

3 同日午後7時45分頃、本社社員CがB店の集金袋から上記売上金を回収した後、Aビルから出てきて、甲及び乙の方に歩いてきた。

乙は、急に怖くなり、甲に対し、「こんな危ないことはやっぱりできない。俺は、帰る。」と一方的に伝えただけで乙宅に帰った。

4 甲は、乙が帰ってしまったものの、もはやこのまま引き下がるわけにはいかないといい、Cに対し、すれ違いざまに、その顔面を肘で強打してその場に昏倒させた。そして、甲は、Cが倒れて動けなくなっている間に、Cから売上金1400万円が入ったジュラルミンケース1個を奪い、逃げ去った。

Cは、甲の上記暴行により、加療約10日間を要する顔面挫創、頭部打撲傷を負った。

**【出題の狙い】**

本問は、不作為犯，共同正犯，幫助犯，共犯からの離脱などについて出題することで、主に刑法総論の基本的な理解を問うものである。

不作為犯については、苦手意識を持っている受験生も少なくないと思われるが、これを機会にしっかりと自分の法的思考を定着させてほしい。

共犯についても、共犯からの離脱や幫助という、正確に理解していなければ論じることができない分野を問うた。これを機会に共犯の正確な理解を得てほしい。

【配点表】

		配点	
第1	甲の罪責		
	1	甲が「強盗」(240条)に当たるかの検討	
		(1) 「暴行」(236条1項)	
		ア 定義	1
		イ 当てはめ (目安) ・顔面という部位を強打されれば、通常、それは、抵抗ができなくなるような強度なものであることの指摘 ・実際、丙の当該暴行により、Cは加療約10日間を要する顔面挫創、頭部打撲傷を負ったという重大な傷害の結果が生じたことの指摘	3
		(2) 「他人の財物」(同項)の当てはめ	1
		(3) 「強取」(同項)	
		ア 定義	1
		イ 当てはめ	1
		(4) 結論	1
	2 「人を負傷させた」(240条前段)の当てはめ	1	
	3 結論	1	
第2	乙の罪責		
	1	共謀共同正犯の成立要件	
		(1) 規範の定立	3
		(2) 当てはめ	
		ア 甲乙間には強盗罪の共謀が成立したことの指摘	1
		イ 正犯性 (目安) ・乙は、甲が集金に来た本社社員を襲っている際に、甲が不利な状況であれば乙も一緒に襲うという役割を担っていたことの指摘 ・乙は、奪った現金の3割を分け前として与えられることになっていたことの指摘 ・乙が自身の金の欲しさから甲の計画に加わることを決意したことの指摘 ・乙の重要な役割及び乙に自己の犯罪として遂行する意思が認められることの指摘	5
		ウ 甲乙間の共謀に基づき強盗が行われたことの指摘	1
		※実行共同正犯として検討している場合には、論述の説得力に応じて10点の範囲で加点する	
		2 共犯関係の解消	
		(1) 規範の定立	4

	(2)	当てはめ (目安) ・乙が乙宅に帰ったのは、甲が強盗に着手する前であったことの指摘とその評価 ・乙は、甲との間で強盗の共謀をし、さらに、甲が強盗を実行した現場まで甲と同行していたから、甲による強盗の実行に心理的因果性を及ぼしていたといえることの指摘 ・乙は、甲に対し、「こんな危ないことはやっぱりできない。俺は、帰る。」と言ったものの、一方的に伝えただけであり、甲の了承を得ていなかったことの指摘 ・乙は、甲が甲乙間で共謀した強盗の計画を実行するおそれを何ら解消しなかったことの指摘	5
	(3)	結論	1
第3	丙の罪責		
	1	不作為の幫助犯に関する規範の定立	4
	2	当てはめ (目安) ・丙の業務についての指摘 ・丙は、売上金をB店内の金庫に納めた後の本社からの集金については、何ら職務としての責任を負っていなかったことの指摘 ・丙は、甲から、集金に来た本社社員から売上金を奪うと聞かされたとしても、それを防止すべき契約上・条理上の義務を負っていたとはいえ、丙に甲の犯行を防止すべき義務は認められないことの指摘	5
	3	結論	1

基本配点分	合計	40点
加点评価点 (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

**【論 点】**

- 1 共犯関係の解消（着手前）
- 2 不作為犯の作為義務

**【参考文献】**

- ・山口 厚『刑法』（有斐閣，第3版，2015）P.175～7，179
- ・大塚裕史ほか『基本刑法Ⅰ』（日本評論社，第2版，2016）P.363～4，388～392
- ・前田雅英『刑法総論講義』（東京大学出版社，第6版，2015）P.362～7
- ・大谷 實『刑法講義総論』（成文堂，新版第4版，2012）P.460～461，468～473
- ・西田典之『刑法総論』（弘文堂，第2版，2010）P.365～362，367～373
- ・『平成29年版 趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，平成29年版，2017）P.71～4
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，第5版，2015）P.67～71
- ・『条文判例スタンダード6 刑事系刑法』（辰巳法律研究所，2016）P.208，224～6

## ●答案の全体の流れ●

---

### 1 甲の罪責

甲が、Cに対し、その顔面を肘で強打してその場に昏倒させ、Cから売上金1400万円を奪い、逃げ去った行為について検討する際に問題となる論点について、過不足なく端的に論じる能力が試される。

### 2 乙の罪責

乙が、甲がCに対し、その顔面を強打して昏倒させ、Cから売上金1400万円が入ったジュラルミンケースを奪い、逃げ去った行為に関与した点について、強盗致傷罪の共謀共同正犯（60条、240条前段）が成立するかを検討する。まず、共同正犯の成立要件を挙げ、当てはめをすることが必要となる。そして、その上で、乙が、「こんな危ないことはやっぱりできない。俺は、帰る。」と一方的に伝えて乙宅に帰ったことから、共犯関係が解消されたといえるかを、共犯の処罰根拠にさかのぼって、具体的事実を摘示しつつ論じてほしい。

### 3 丙の罪責

丙が、甲らが強盗の計画を実行に移すことを止めようとしなかった行為につき、強盗致傷罪の幫助犯（62条1項、240条前段）の成否を検討するに当たっては、不作為犯の作為義務をしっかりと意識しつつ、論じる必要がある。

## ●論点解説●

### 論点① 共犯関係の解消（着手前）

#### 1 問題の所在

乙は、甲が強盗の実行に着手する前に、急に怖くなり、甲に対し、「こんな危ないことはやっぱりできない。俺は、帰る。」と一方的に伝えただけで乙宅に帰った。

そこで、甲がCに対して行った行為については共犯関係が解消されたとして、乙には共同正犯（刑法（以下法令名略）60条）が成立しないのではないかと、いわゆる共犯関係の解消が問題となる。

共犯関係の解消につき、判例は、法益侵害の危険が質的に異なる実行の着手の前後で区別して判断していると整理されるのがかつては一般的であった。実行の着手の前は比較的緩やかに、実行の着手の後はより厳格に処理されていると理解されている。そこで、以下では、実行の着手の前後で分けた上で、実行の着手の前における共犯関係の解消の要件について検討する。

\* 後掲最決平21.6.30について解説した判例タイムズ1318号P.109では、「なお、文献等では、『離脱』という用語について、実際にその場から離れるという事実行為としての意味で用いたり、共犯関係の解消という法的評価を加えた意味で用いたりする例があるが、本決定は、『離脱』を事実行為の意味でのみ用いており、法的評価を加えた場合には『離脱』ではなく『共謀関係の解消』（『共犯関係の解消』でもよいであろう。）とする。用語の意味を明確にするという観点からすると、本決定のような用法が適切であると思われる。」と述べられている。

#### 2 学説

##### A 説

「共謀関係の解消」という観念を認め、共謀関係にある一部の者が、他の共謀者が実行行為に出る前に、その共謀関係から離脱する意思を表明し、それが他の共謀者によって承されたときには、その後他の共謀者が実行したことについて責めを問われないとする。

そして、共謀した犯罪の予備・陰謀が罰せられる場合には、特に予備罪の共同正犯や予備の未遂の点に関し、離脱者が予備・陰謀罪によって処罰されるかどうか問題となるとする。

これに対し、共謀者の中のある者が、その共謀関係からの離脱意思を抱えていたが、それを他の共謀者に表明しないうちに他の共謀者がその犯罪を実行したときは、離脱しようとした者も、共同正犯の責めを免れないとする。

※ さらに、この立場は、他の共謀者を支配して共謀関係を作り上げた共謀者については、このような離脱を認めることはできず、離脱者において共謀関係がなかった

状態に還元させることを要するとしている（大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣，第4版，2008）P.307～8）。

## B 説

共犯の因果性を問題とする立場からは，自らが加功した犯罪の実現への影響を除去し，自己のそれまでの因果性を切断した場合には，それ以後は共犯関係そのものが解消される（単独犯に還元される）とする。

※ 具体的には，着手後の離脱と比較して，着手前の離脱はその与えた影響力が相対的に小さい場合が多いから，共犯者の一人が共犯関係から離脱する意思を表明し，他の共犯者がそれに対し了承すれば，心理的因果性が切断され（共謀関係が解消され），それで足りることが多い。ただ，離脱者が関与時に情報や道具を提供していた場合には，共犯関係の解消には，それによる影響の除去（凶器を返却させるなど，物理的因果性の切断）まで必要となる（前田雅英『刑法総論講義』（東京大学出版会，第6版，2015）P.362～3，大谷實『刑法講義総論』（成文堂，新版第4版，2012）P.471）。

※ 心理的因果性は消えたが，物理的因果性が残っている場合について，佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣，2013）P.389～390では，次のように述べられている。

「例えば，侵入窃盗を共謀したAは，侵入に使う道具を用意した後，共犯からの離脱を表明して了承されたが，道具を回収しなかったため，他の共犯者がこれを用いて住居侵入窃盗を行った，という場合はどうだろうか。因果性が解消できていない以上，Aは住居侵入窃盗の共同正犯の責任を負うというのが，一般的な考えかもしれない。しかし，最初から侵入道具を貸しただけの場合に幫助しか成立しないのであれば，用意した道具が使われたという物理的因果性だけが残っている場合にも，共同正犯は成立せず，幫助の責任だけを負うと解するのが，バランスの取れた結論であり，意思の共同を共同正犯の不可欠の要件として片面的共同正犯を認めない通説・判例の立場とも整合的だと思われる。」

## 3 裁判例

### □ 松江地判昭51. 11. 2（判時845-127）

#### 〔判旨〕

「一般的には犯罪の実行を一旦共謀したものでも，その着手前に他の共謀者に対して自己が共謀関係から離脱する旨を表明し，他の共謀者もまたこれを了承して残余のものだけで犯罪を実行した場合，もはや離脱者に対しては他の共謀者の実行した犯罪について責任を問うことができない」。

※ ただし，被告人が他の共犯者を統制支配する立場にあり，共謀の中心であったことから，犯行計画の中止を徹底させ，共謀以前の状態に回復させることが必要であり，着手前に実行担当者らに戻るよう指示しただけでは，離脱は認められないと

判示した。

□ 最決平21. 6. 30（刑集63-5-475，刑百選I〔7版〕94事件）

〔事案の概要〕

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。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、待機していた場所から離脱し、残された共犯者らがそのまま強盗に及んだ。

〔決定要旨〕

「上記事実関係によれば、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、残された共犯者らが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。これと同旨の判断に立ち、被告人が住居侵入のみならず強盗致傷についても共同正犯の責任を負うとした原判断は正当である。」

〔本決定の評価〕

ア 本決定の事案は、問題となる離脱行為が、強盗については実行の着手の前にされているが、住居侵入・強盗という共謀した犯行全体で見れば、その一部について着手した後にはされているというものであり、このような事案についての先例はそれまでなかった。

共犯関係からの離脱（共犯関係の解消）の問題について、判例も、着手前の場合には、離脱意思の表明及び他の共犯者による了承によって、比較的緩やかに解消を認める一方、着手後の場合には、比較的厳格に考える傾向にあると指摘されている。

そこで、本決定が、強盗行為の着手前に離脱した被告人について、当初の共謀関係の解消を認めなかったこととの整合性が問題となる。

イ この点に関し、離脱意思の表明とその了承という要件も、絶対的なものではなく、結局は、因果性の遮断を認定するための一つの指針にすぎないのであって、実質的には、共犯行為による物理的・心理的因果性の両者を遮断したのかどうかを具体的に判断することが重要であり、この判断枠組みは、着手前か着手後かで異なるものではないとの指摘がある。

そして、本決定の事案では、共謀による心理的影響がさほど強くない平均的な

共謀者の離脱が問題となっているケースで、家人の在宅する民家に侵入して強盗を行うという共謀が成立し、それに基づき他の共犯者が現実に被害者方に侵入した以上、それによりその後の強盗に至るおそれが既に生じているといえ、屋内にいた共犯者2名以外にも、現場付近にはいまだ3名の共犯者が残っていて、それらの者だけでもその後の強盗が実行可能な状態であったといえる。

つまり、当初の共謀に基づく住居侵入の実行行為による物理的・心理的効果はなお残存していて、それを利用して犯行が継続され、強盗に至る危険性が十分にあったといえることができる。

そうであれば、外形的には意思の連絡が途切れたかのように見えても、電話で「犯行をやめた方がよい、先に帰る」と一方的に伝えただけでは、物理的にも心理的にも因果性が遮断されたとすることはできず、当初の共謀関係が解消されたということとはできないといえよう（判例タイムズ1318号P.109～110）。

ウ このように、「本決定は、事例判断ではあるが、共犯関係ないし共謀関係の解消について、単に実行の着手前後で区別するのではなく、事案に応じた具体的な事情を考慮して判断すべきであるとの考え方を示したもの」（判例タイムズ1318号P.110）であるといえることができる。

※ なお、本決定では、理由中において、被告人が、本件犯行以前にも数回にわたって共犯者らと共に、民家に侵入して家人に暴行を加え、金品を強奪したという事実が挙げられている。この事実を重視することによっても、たまたまその時だけ犯行から離脱したにすぎない場合には、繰り返し同様の犯罪を行ってきた者たちの一体性は、それによつては失われまいとして、心理的因果性の切断はないと評価することが可能であろう。

#### 4 本問の事案に即した具体的検討

確かに、乙が乙宅に帰ったのは、甲が強盗に着手する前であった。しかし、乙は、甲からの強盗の誘いに対して、甲との間で強盗の共謀をし、さらに、甲が強盗を実行した現場まで甲と同行していたから、甲による強盗の実行に心理的因果性を及ぼしていたといえる。そして、乙は、甲に対し、「こんな危ないことはやっぱりできない。俺は、帰る。」と言ったものの、一方的に伝えただけであり、甲の了承を得ていなかったことや、乙は、甲が甲乙間で共謀した強盗の計画を実行するおそれを何ら解消しなかったことから、乙は、甲による強盗の実行に対する上記因果性を解消したとはいえない。よって、甲乙間における共犯関係の解消は認められない。

（本論点につき、山口P.175～7、基本刑法P.388～392、平成29年版趣・規P.71～3、趣・規P.67～9、条・判P.224～6等参照）

## 論点② 不作為犯の作為義務

### 1 問題の所在

丙が、甲及び乙が強盗を行おうとしているのを止めようとしなかった行為につき、不作為による強盗致傷罪の幫助（62条1項，240条前段）が認められないかが問題となる。

不真正不作為犯が成立するためには、不作為者に保障人的地位、すなわち、それに基づく法的作為義務が必要であると解されている。そこで、どのような根拠に基づいて、どのような主体が結果の発生を防止するための作為を行う法的義務を負うかが問題となる。

### 2 学説

#### A 従来通説

法令・契約・条理上義務を負う場合に、保障人的地位を認める（形式的三分説）  
（批判）

- ① 民法上の義務が刑法上の作為義務を基礎付けることになる根拠が不十分である。
- ② 条理（社会通念）という概念は、あいまいすぎる。

#### B 先行行為説

作為は因果の契機を与え、不作為は単に因果の契機を放棄しているにすぎないから、本来、両者は、構成要件的に同価値ではない。そこで、両者の同価値性を認めるためには、不作為者が自己の先行行為によって因果を設定することが必要である。  
（批判）

多くの故意犯・過失犯が不真正不作為犯に転化してしまう。

#### C 具体的依存性説

作為義務が生じるのは、保護の引受けがあった場合に限られる。  
（批判）

- ① 保護を引き受けたことだけが作為義務の根拠であるとするならば、例えば、仮死状態で生まれたえい児の世話をしないというような場合は含まれないことになる。
- ② ひき逃げの事案で、被害者を病院に連れていこうと思って自分の車に引き入れたという場合には、保護の引受けがあるが、被害者をどこかに連れて行って捨てようと思って車に引き入れたという場合は、除かれることになる。

#### D 総合的な事情を考慮する説

①既に発生している危険をコントロールし得る地位にあるかどうか、②結果発生  
の危険に重大な原因を与えたか否か、③当該結果の防止に必要な作為がどれだけ容易であるか、④他に結果防止可能な者がどれだけ存在したかなどに加えて、⑤法令や契約等に基づく行為者と被害者の関係、⑥他の関与者が存在する場合には、「誰に帰責すべ

きか」という判断も考慮して、作為により犯罪を犯した場合と同視し得る程度の作為義務違反が認められる場合には、実行行為性が認められると考えられる。

※ なお、近時では、消極的態度である不作為が積極的に因果の流れを設定する作為と同価値であるためには、不作為の時点で不作為者が因果の流れを掌中に収めていることが必要であるとして、排他的支配を要求する説も有力である。

さらに、この見解は、付加的要件を要求するが、その内容については争いがある。

まず、西田典之教授は、排他的支配の意思に基づく獲得を要求する。さらに、客観的に排他的支配はあるが意思に基づくものでない場合（「支配領域性」と呼ぶ）には、意思に基づくという部分が欠けるため、これを代替・補充するものとして、親子関係や建物の管理者・警備員であるなどの社会継続的な保護関係を要求する。

これに対しては、継続的保護義務の要件は、保護の引受け又は保護の期待という観点から要求されるのに対して、自己の意思による排他的支配の設定という要件は、保護の引受けのみならず、他者による救助の可能性を排除するという意味での、危険の創出・維持という観点に基づくのであり、異質の要素を含んでしまっているとの批判がある。

また、佐伯仁志教授は、排他的支配に加え、自由保障の観点から危険創出を要求する。

これに対しては、①危険創出を要求すると、多くの故意犯・過失犯が不真正不作為犯に転化してしまう、②保護の引受けの事例を捕捉できないことになるとの批判がある。

### 3 裁判例

#### □ 東京地八王子支判昭57. 12. 22（判タ494-142）

##### 〔事案の概要〕

雇主のXらは、自己の居宅に居住させていた従業員のVに対し、暴行を加えて鼻骨骨折を伴う鼻根部挫創等の傷害を負わせた。Vは、その傷害のため高熱を発し、食欲を失い、意識も判然としなくなるなど重篤な症状を呈するに至った。Xらは、Vに医師による適切な治療を加えればVの死を予防することが可能であるのに、上記傷害の事実が発覚するのを恐れて、Vが死亡するのやむを得ないと考え、Vに対し、医師の治療を受けさせず、自宅にあった化膿止めの薬品等を投与するなどにとどめたため、Vは、死亡した。

本判決は、以下のように述べて、殺人罪が成立する旨判示した。

##### 〔判 旨〕

##### 「一 作為義務について

弁護人は、1、加害行為がいわゆる『先行行為』として不作為による殺人罪の要件である作為義務を発生させるためには、当該加害行為の結果、死に至る高度の蓋然性があることが必要であるが、Xらの7月13日ないし16日の行為は、創傷を生じたとしても、それがVの直接の死因ではなく誘因に過ぎず、また、医学に素人であるXらにとつて右創傷を誘因として死亡するに至ることは予見不可能であり、いわゆる『先行行為』には該らない、2、Xらは、Vの雇主で同居者であるに過ぎず、Vに対する救助を『引き受け』た事実はなく、また、Vを隔離

して第三者による救済を不能にするような行為はしておらず『支配領域』に置いた事実もない、として、Xらには、Vに対する法的作為義務がなかつた旨主張する。

しかしながら、1、前掲の関係各証拠によれば、(一) 7月13日における暴行の態様は、前認定のとおり、かなり強力なものであつたこと、(二) 同日ないし16日の暴行によつて、Vは、その顔面、頭部及び肩部に合計11箇所の創傷を被り、その中には、長さ約2センチメートルの鼻骨々折を伴う鼻根部正中の創や長さ2.3センチメートルの唇を貫通した下口唇の創など、それ自体、かなりの重傷というべきものがあること、(三) 証人αの当公判廷における供述（以下α証言ということがある）によれば、右のような創傷に対して縫合などの治療が施されない場合は、これが細菌の感染を受けて化膿性の炎症を起こす高度の蓋然性が存し、その結果、化膿菌が血中に入つて敗血症等の重篤な症状を来すなどして死亡する可能性の存すること、このような事実が認められるのであつて、これらを総合すれば、Xらは、自己の行為によりVを死亡させる切迫した危険を生じさせた者と認められる。

2、また、前掲の関係各証拠によれば、(一) Vは、知能や判断力がやや劣る者であつたが、Xらは、昭和55年5月ころ、このようなVを雇い入れ、同年10月ころからは、Vに売春をさせてその代金なども取り上げるようになったうえ、翌56年2月ころ、もつぱらXらの都合により、Vが20年近く住んでいた埼玉県朝霞市内から東京都練馬区内のXら方に転居させ、同所で生活させていたこと、(二) その後、Xらは、Vに対し、しばしば折檻を加えるようになり、このため、Vも、判示第一記載の被害に遭つた直後ころ、『甲』から一旦逃げ出したが、XらはVを捜し出して、再び元の様に働かせていたこと、(三) 一方、Vは、Yが警察にも手を回しているため、警察もXらの仕打ちを取り上げないものと考え、日頃の虐待により逃げ出せば殺されるのではないかとの恐怖にかられていたこと、更に、(四) 本件7月13日の事件の際、Vは、一旦『甲』から逃げ出したものの途中で転倒し、これを追いかけたXは、Vを認めて『大丈夫か』などと声を掛けていたβに対して『引つ込んでいろ』などと怒鳴りつけたうえ、Vを『甲』店舗内に引きずり込み、同店付近飲食店からの通報により臨場した警察官らが、再三店内に入れるよう要請したにも拘らず、内側から鍵をかけてこれに応ぜず、Xらは、右警察官らが、Vの『大丈夫』との声を聞いて、その場を立ち去るや、Vを自家用普通乗用自動車でもXら方に連れ帰つていること、(五) 翌14日にはXらは仕事にも出かけず、Vを見守り、判示の暴行を加えてVを畏怖させ、VはXらに看護をすべて委ね、病状が進み同月15日から起居も一人ではできず、自ら救済を求めることもできなかつたこと、以上の事実が認められ、右各事実を総合すれば、本件犯行に至るまでのXらとVとの関係は、単なる飲食店の経営者とその従業員というに止まらず、Xらが、Vに対し、その全生活面を統御していたと考えられるのであつて、VがXらの『家畜』であつたとの検察官の論旨はいささか誇大に過ぎるにしても、これに近い支配服従関係にあつたことは否めないと認められ、また、7月13日以後、Xらにおいて、受傷したVの救助を引き受けたうえ、Vを、その支配領域内に置いていたと認めるのが相当である。」

## 〔本判決の評価〕

鎮目征樹准教授は、「本判決も、法律や契約の如き義務の形式的根拠を見出しがたい事案であったが、やはり暴行により被害者に死の切迫した危険を創出したこと、及びA子〔注：上記のVのこと〕の救助を引き受けたという2点を重視しており、従来の判例の傾向に沿うものといえる」とする（鎮目征樹「不作為による殺人」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論』（有斐閣，第5版，2003）P.15）。

## □ 最決平17. 7. 4（刑集59-6-403，刑百選Ⅰ〔7版〕6事件）

## 〔事案の概要〕

被告人は、重篤な患者Aの親族からAに対する「シャクティ治療」（その内容については下記決定要旨を参照。）を依頼され、入院中のAを病院から運び出させた上、未必的な殺意をもって、Aにその生命を維持するために必要な医療措置を受けさせないまま、Aを放置して死亡させた。

本決定は、以下のように述べて、不作為による殺人罪が成立する旨判示した。

## 〔決定要旨〕

「1 原判決の認定によれば、本件の事実関係は、以下のとおりである。

- (1) 被告人は、手の平で患者の患部をたたいてエネルギーを患者に通すことにより自己治癒力を高めるという『シャクティパット』と称する独自の治療（以下『シャクティ治療』という。）を施す特別の能力を持つなどとして信奉者を集めていた。
- (2) Aは、被告人の信奉者であったが、脳内出血で倒れて兵庫県内の病院に入院し、意識障害のため痰の除去や水分の点滴等を要する状態にあり、生命に危険はないものの、数週間の治療を要し、回復後も後遺症が見込まれた。Aの息子Bは、やはり被告人の信奉者であったが、後遺症を残さずに回復できることを期待して、Aに対するシャクティ治療を被告人に依頼した。
- (3) 被告人は、脳内出血等の重篤な患者につきシャクティ治療を施したことはなかったが、Bの依頼を受け、滞在中の千葉県内のホテルで同治療を行うとして、Aを退院させることはしばらく無理であるとする主治医の警告や、その許可を得てからAを被告人の下に運ぼうとするBら家族の意図を知りながら、『点滴治療は危険である。今日、明日が山場である。明日中にAを連れてくるように。』などとBらに指示して、なお点滴等の医療措置が必要な状態にあるAを入院中の病院から運び出させ、その生命に具体的な危険を生じさせた。
- (4) 被告人は、前記ホテルまで運び込まれたAに対するシャクティ治療をBらからゆだねられ、Aの容態を見て、そのままでは死亡する危険があることを認識したが、上記(3)の指示の誤りが露呈することを避ける必要などから、シャクティ治療をAに施すにとどまり、未必的な殺意をもって、痰の除去や水分の点滴等Aの生命維持のために必要な医療措置を受けさせないままAを約1日の間放置し、痰による気道閉塞に基づく窒息によりAを死亡させた。

2 以上の事実関係によれば、被告人は、自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた上、患者が運び込まれたホテルにおいて、被告

人を信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当てを全面的にゆだねられた立場にあったものと認められる。その際、被告人は、患者の重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根拠はなかったのであるから、直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべきである。それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた被告人には、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。」

#### 〔本決定の評価〕

本決定の最高裁判所調査官解説は、「本件においては、a被告人の指示により、点滴装置等を取り外した上でAを入院中に病院から運び出させてその生命に危険な状態を生じさせたこと、及び、b本件ホテルにおいて、被告人を信奉するBらから被告人に対し、Aに対する手当てが全面的に委ねられ、被告人に生殺与奪の権が与えられた状況にあったことが、被告人における作為の可能性・容易性と相まって、被告人に作為義務を生じさせ、その不作為が作為による殺人と同視し得るものと評価すべき事情として重要であったということが出来るものと思われる」と指摘する（藤井敏明・法曹時報59巻2号P.403）。

#### □ 東京高判平11. 1. 29（判時1683－153，本問の素材裁判例）

##### 〔事案の概要〕

被告人Bは、株式会社乙山の経営するゲームセンター「甲野」で店長の地位にあった。Bは、甲野の事務所内で、Aから丙川パチンコ店の金庫から集金人を介して本社乙山に納められる甲野の売上金も含む現金を強奪する強盗の計画を打ち明けられた。Bは、困惑し、Aに犯行を止めるよう促す発言もしたが、Aから「(Bには)関係ないから。」と言われると、「関係ないならいいです。」と答え、それ以上、Aらに対して犯行を止めさせることをしなかった。

##### 〔判旨〕

「正犯者が一定の犯罪を行おうとしているのを知りながら、それを阻止しなかったという不作為が、幫助行為に当たり幫助犯を構成するというためには、正犯者の犯罪を防止すべき義務が存在することが必要であるといえるのである。そして、こうした犯罪を防止すべき義務は、正犯者の犯罪による被害法益を保護すべき義務（以下、『保護義務』という。）に基づく場合と、正犯者の犯罪実行を直接阻止すべき義務（以下、『阻止義務』という。）に基づく場合が考えられるが、この保護義務ないし阻止義務は、一般的には法令、契約あるいは当人のいわゆる先行行為にその根拠を求めるべきものと考えられるところ、本件に即してみると、被告人Bが各種遊技店を経営する株式会社乙山に雇用された従業員であることから、その雇用契約に基づく義務として右の保護義務ないし阻止義務があるか否かが検討されるべきであるといえる。」

「まず被告人Bが従事していた職務内容をみると、同被告人は、甲野の業務全般

に關与する者として、同店舗内に置かれたゲーム機の売上金、メダル販売機の売上金、玩具機の売上金を、甲野の金庫内に保管し、それを一定期間ごとに本社に納入する職務を負っていたか、その職務として行う各売上金の本社への納入の具体的な方法は、袋に納められた右の各売上金を甲野の金庫内に保管し、10日に1回の割合で本社に納入するため、本社から集金に来る前日に、右売上金を甲野の金庫から同じビルの階下にあるパチンコ店丙川の金庫に運んで納めておき、その後は、毎日各遊技店を巡回して各店舗の売上金を集金する本社社員が、丙川の金庫に納められている丙川、丁原の各売上金と共に、収集して本社に運ぶというものであって（原判決自身も『これ（甲野の売上金）を本社からの集金人に託する業務に従事していた』と判示する。）、右丙川の金庫からの収集と本社までの搬送は、經營する各遊技店の売上金を巡回して収集する本社側の担当社員によって行われており、被告人Bが、丙川の金庫に移して納めた甲野の売上金について、その後の本社社員による収集及び本社への搬送に關与することはなかったのである。そうすると、被告人Bの売上金を本社へ納入するその職務も、丙川の金庫へ移して納めるまでであって、その後の同金庫からの収集と本社への搬送は、もっぱら本社社員によって行われていたのであるから、右金庫に既に納められ、その後本社社員によって収集され本社に搬送されようとした本件金銭については、被告人Bの職務の対象から離れているので、同被告人に、原判決のいう『（本社からの）集金人によって確実に本社に搬送されるよう努めるべき義務』、すなわち前記保護義務を認めることはできないといわれなければならない。」

「さらに遡って考えると、原判決は、被告人Bが甲野の売上金を本社に納入する業務に従事し、あるいは同売上金を本社に確実に納入されるよう努めるべき義務を負っていたというのであるが、被告人Aらが対象としたのは丙川、丁原のパチンコ店の売上金であり、かつ現実に奪取された売上金は、丙川、丁原その他の店舗の売上金であって、甲野の売上金は含まれていないのであるが、そのような他店舗の売上金について、被告人Bが職務上どのように関係し、何故義務を負うのか説明がないのであり（原判決は、被告人Bの乙山に対する従業員としての義務の内容に鑑みると、甲野の売上金を本社に納入するのは、10日に1回の割合であり、本件犯行による被害金の中に甲野の売上金が含まれていないことは、同被告人の刑事責任を左右するものではない旨判示する。）、むしろ、被告人Aらの本件強盗は、当初からパチンコ店の売上金を対象とし、被告人Bに対してもそのように説明されており、被告人Bにおいても、パチンコ店の売上金を対象とした犯行という認識であったのであるから、パチンコ店の売上金を対象とした犯行を前提として、被告人Bにおける職務上の関連や義務を検討すべきであり、そうすると、被告人Bはその職務としてパチンコ店の売上金に何ら關与することはなかったのであるから、そもそも同被告人の職場である甲野での職務を前提に、本件犯行に関する前記保護義務の存否を検討すること自体、正鵠を得たものとはいえない、というべきである。

さらに、甲野の主任（店長）としての立場から、被告人Bに被告人Aの犯行を阻止すべき義務が認められるかを検討すると、被告人Bは、同被告人及び被告人Aを含めた正従業員3名並びにその他アルバイト員らが働くゲームセンターである甲野の主任の立場にあったとはいえ、その職務内容は、ゲーム機の管理・点検、店内の

巡視・監視，売上金及び両替用現金の管理・保管等，ゲームセンターとしての店舗の現場業務に関するものであって，そうした職務とは別途に，他の従業員らを管理・監督するような人事管理上の職務を行っていたわけではなく，原判決も，『被告人Aと同Bは，当時，いずれも，乙山経営の甲野に勤め，同店の業務全般に携わっており，同店では，被告人Bが，主任の立場にあったものの，被告人Aも，同社第一営業部長Fの指示を受けて，被告人Bと同様の仕事を任せられ，同等の立場でその業務に従事し，その売上金等を管理，保管していた。』と判示しており，被告人Bが被告人Aの行状を監督する職務を特に負っていたものではないから，被告人Bに職務上被告人Aの本件のごとき犯行を阻止すべき義務があったということはできない。

したがって，被告人Bについては，その職務との関係から，いずれにしても本行犯行に関する前記保護義務及び阻止義務を認めることができないといわねばならない。」

#### 4 本問の事案に即した具体的検討

丙は，B店において，各売上金を袋に納め，これを同店内の金庫の中に保管する職務は負っていたが，その後の本社社員による集金については，何ら職務としての責任を負っていなかったといえる。そうすると，丙は，甲から，集金に来た本社社員からB店の売上金を奪うと聞かされたとしても，それを防止すべき契約上・条理上の義務を負っていたとはいえず，丙に甲及び乙の犯行を防止すべき義務は認められない。よって，丙の当該不作為に強盗致傷罪の幫助犯は成立せず，丙は，何ら罪責を負わない。

(本論点につき，山口P.179，基本刑法P.363～4，平成29年版趣・規P.74，趣・規P.70～71，条・判P.208等参照)

【MEMO】

解答例 (作成: 辰巳法律研究所)

Memo

P.1 第1 甲の罪責

2 甲が、Cに対し、その顔面を肘で強打してその場に昏倒させ、Cから売上  
3 金1400万円が入ったジュラルミンケース1個を奪い、逃げ去った行為に  
4 ついて、強盗致傷罪(240条前段)が成立しないか。

5 1 まず、甲は、「強盗」(刑法(以下法令名略)240条)に当たるかを検  
6 討する。

7 「暴行」(236条1項)とは、相手方の反抗を抑圧する程度の有形力  
8 の行使をいう。顔面という部位を強打されれば、通常、それは、抵抗がで  
9 きなくなるような強度なものであることから、甲の上記暴行は、Cの反抗  
10 を抑圧する程度の有形力の行使であったといえるので、「暴行」に当たる。

11 甲が奪った1400万円が入ったジュラルミンケースは、B店を経営す  
12 る本社の所有物であるから、「他人の財物」に当たる。

13 「強取」とは、相手方の反抗を抑圧したことによって相手方の意思に反  
14 して財物の占有を移転させることをいう。甲は、上記「暴行」によりCが  
15 倒れて動けなくなっている間に、Cから1400万円が入ったジュラルミ  
16 ンケースを奪い、逃げ去っていて、Cの意思に反してこの占有を移転させ  
17 たといえるので、「強取」に当たる。

18 したがって、甲は、「強盗」に当たる。

19 2 そして、甲は、当該強盗の機会に、Cに加療約10日間を要する顔面挫  
20 創、頭部打撲傷を生じさせているので、「人を負傷させた」(240条前  
21 段)に当たる。

22 3 よって、甲の上記行為につき、強盗致傷罪が成立する。

P.2 第2 乙の罪責

24 乙は、甲が、Cに対し、その顔面を強打して昏倒させ、Cから売上金14  
25 00万円が入ったジュラルミンケースを奪い、逃げ去った行為について、計  
26 画を了承しているが、実行行為には参加していない。この点について、強盗  
27 致傷罪の共謀共同正犯(60条、240条前段)が成立しないか。

28 1 60条が一部実行全部責任の原則を定めた趣旨は、相互利用補充関係の  
29 下で自己の犯罪として犯罪を実現した者には、共同正犯としてすべての責  
30 任を負わせることにある。そうすると、実行行為自体を行っていない者で  
31 あっても、①共謀をし、②正犯性が認められ、③他の者がその共謀に基づ  
32 き犯罪を実行したことが認められれば、共謀共同正犯としての罪責を負う  
33 と解する。

34 2 これを本件について検討する。

35 (1) ①について

36 甲が、乙に対し、集金に来たB店の本社社員から現金を奪い取る計画  
37 を打ち明け、これに加わってほしいと頼み、乙の役割などを説明したの  
38 に対し、乙は、これを了承した。したがって、甲乙間には強盗罪の共謀  
39 が成立したといえる。

40 (2) ②について

41 乙は、甲が集金に来た本社社員を襲っている際に、甲が不利な状況で  
42 あれば一緒に襲うという重要な役割を担っていた。さらに、乙は、奪つ  
43 た現金の3割も分け前として与えられることになっていたことや、乙が  
44 自身の金欲しさからこの計画に加わることを決意したことからすれば、

P. 3 乙に自己の犯罪として遂行する意思があったことが認められる。したがって、乙に正犯性が認められる。

46  
47 (3) ③について

48 上記共謀に基づき、前述のように、甲は強盗を行った。

49 3 もっとも、乙は、強盗の実行着手前に、甲に対し、「こんな危ないことはやっぱりできない。俺は、帰る。」と一方的に伝えただけで乙宅に帰った。そこで、甲乙間の共犯関係が解消されたといえないかが問題となる。

52 (1) 共犯の処罰根拠は、結果の発生に対して物理的・心理的因果性を及ぼしたことにある。そうすると、共犯者が共犯行為による物理的・心理的因果性を除去した場合には、共犯関係の解消が認められ、当該共犯者は、以後の行為について共犯としての責任を負わないと解する。

56 (2) これを本件について検討する。確かに、乙が乙宅に帰ったのは、甲が強盗に着手する前であった。しかし、乙は、甲からの強盗の誘いに対して、上述のように、甲との間で強盗の共謀をし、さらに、甲が強盗を実行した現場まで甲と同行していたから、甲による強盗の実行に心理的因果性を及ぼしていたといえる。そして、乙は、甲に対し、「こんな危ないことはやっぱりできない。俺は、帰る。」と言ったものの、これは、一方的に伝えただけであり、甲の了承を得ていなかったことや、乙は、甲が甲乙間で共謀した強盗の計画を実行するおそれを何ら解消しなかったことから、乙は、甲による強盗の実行に対する上記因果性を解消したとはいえない。したがって、甲乙間における共犯関係の解消は認められない。

P. 4 よって、乙には、甲との間で強盗致傷罪の共謀共同正犯（60条、240条前段）が成立する。

### 68 第3 丙の罪責

70 丙が、甲及び乙が強盗の計画を実行に移すことを止めようとしなかった行為につき、不作為による強盗致傷罪の幫助犯（62条1項、240条前段）が成立しないか。

73 1 幫助犯は、修正された構成要件に該当する行為を実行する者である。そして、不作為の幫助犯について、不作為も実行行為であり得るが、不当な処罰の拡大を防止するため、作為による場合との構成要件の同価値性、すなわち、①法的作為義務、及び②作為の可能性・容易性が認められるにもかかわらず、①の義務に違反したといえる場合に、不作為の実行行為性が認められると解する。①の有無は、具体的には、法令・契約上の義務や先行行為、危険の引受け、排他的支配の有無などから総合的に判断する。

80 2 これを本件について検討する。丙は、B店において、各売上金を袋に納め、これを同店内の金庫の中に保管する職務を負っていたが、その後の本社社員による集金については、何ら職務としての責任を負っていなかったといえる。そうすると、丙に、甲及び乙が強盗の計画を実行に移すのを防止すべき義務は認められない。

85 よって、丙の上記行為に強盗致傷罪の幫助犯は成立せず、丙は、何ら罪責を負わない。

87 以上

P.1 第1. 甲の罪責

2 甲には、強盗致傷罪(刑法240条)が成立する。以下、詳述する。

3 1. まず、刑法240条は「強盗が」と規定しているところ、甲に、1項強盗罪  
4 (236条1項)が成立するか問題となる。

5 「暴行」とは、①財物奪取の目的で行われる②反抗を抑圧するに足りる程度  
6 の不法な有形力の行使をいい、「強取」とは、これをもって財物を奪取する  
7 をいう。

8 本件で甲は、本社から集金に来る社員から売上金を奪うことを企図している  
9 から、財物奪取の目的を有しているといえる(①)。また、甲はすれ違いざまに、  
10 Cの顔を肘で強打して昏倒させるという不法な有形力の行使を行っている。通  
11 常、人が殴られるとは思ってもみないすれ違いざまいきなり、肘という硬い身  
12 体部分で、顔面という急所を強く殴打されているから、かかる暴行はCの反抗を  
13 抑圧するに足りる程度のものである(②)。そして、この「暴行」をもって、  
14 甲はCから売上金1400万円が入ったジュラルミンケース1個という「財物」  
15 を奪取している。

16 したがって、甲はジュラルミンケースを「強取」したといえ、1項強盗罪が成  
17 立する。

18 2. 甲は、上記暴行により、Cに加療10日間を要する顔面挫創・頭部打撲傷を生  
19 じさせ、「負傷させた」(240条)といえる。ここで、甲は上述のような計画を  
20 していた者であるところ、故意をもってCを傷害したといえる。そこで、故意あ  
21 る場合でも強盗致傷罪が成立するか問題となる。

22 この点、240条の趣旨は、強盗の機会には人の死傷結果が生じることが刑事  
P.2 学上多いことから、被害者の生命・身体を保護すべく特に刑を加重した点にある。  
24 そうだとすれば、立法者がわざわざ故意ある場合を除外して規定したとは考えら  
25 れない。したがって、故意ある場合でも、強盗致傷罪は成立する。

26 本件でも、甲に強盗致傷罪が成立する。後述の通り、乙と共同正犯となる。

27 第2. 乙の罪責

28 1. 乙は甲の上記計画を聞いてこれを了承しており、意思連絡が認められる。では、  
29 甲について成立する強盗致傷罪について、乙は共謀共同正犯(60条)と幫助犯  
30 (62条1項)のいずれに問擬すべきか。

31 ここで、共謀については、意思連絡に加え、自己の犯罪として行う意思として  
32 の正犯意思が必要となるところ、正犯意思の有無によって両者を区別すべきと考  
33 える。

34 本件では、乙は当初は計画に加わることに難色を示し、また甲が不利な状況で  
35 なければ加勢しなくてもよいとされていた。しかし、現金強盗において乙が果た  
36 した見張り役は、犯罪遂行のために重要な役割を果たすものである。また、乙は  
37 生活が困窮しており、甲から奪った現金の3割を分け前として得られると聞いて  
38 計画に加わっているところ、自己の経済的利益のために乙自身の犯罪としてこれ  
39 を行う意思があるといえる。

40 よって、乙は共謀共同正犯に問擬すべきである。そして、上記の通り、意思連  
41 絡および正犯意思にもとづく共謀があり、甲による実行行為があるから、共謀共  
42 同正犯の要件を充たす。

43 2. もっとも、乙は犯罪の実行前に離脱しているところ、共犯関係の解消が認めら  
44 れるか。

P. 3       ここで、共犯の処罰根拠は結果惹起に対する因果的寄与にあると考える。そこ  
46       で、共犯関係の解消については、因果性が遮断されているといえるかにより判断  
47       する。

48       本件では、乙は強盗の実行前に「こんな危ないことはやっぱりできない。俺は  
49       帰る。」と離脱の意思を表明している。また、乙の果たした役割は見張り役に過  
50       ぎず、結果への寄与度が高いとは言えない。

51       しかし、乙は離脱の意思を一方的に伝えただけで、甲はこれに了承していない  
52       し、これを伝えたのも、CがAビルから出てきて甲・乙の方に向かってきた時点  
53       という実行の直前である。また、乙は甲に実行を中止するような働きかけを何ら  
54       していない。したがって、因果性は遮断されておらず、共犯関係の解消は無い。

55       よって、乙に甲との間で、強盗致傷罪の共謀共同正犯が成立する。

56       第3. 丙の罪責

57       B店店員である丙は、甲から計画を打ち明けられたにも関わらず、甲・乙の犯行  
58       を止めようとしなかった。

59       1. まず、強盗致死傷罪の共謀共同正犯と幫助犯のいずれに問擬すべきか問題とな  
60       るも、本件で丙は「関係ないならいいです。」と答えており、丙としては甲・乙  
61       の犯罪に無関係であるとの意思を表明している。したがって、丙に、自己の犯罪  
62       として強盗を行う意思は無いから、正犯意思は無い。よって、幫助犯に問擬する。

63       2. では、丙に強盗致傷罪の幫助犯が成立するか。丙は犯行をとめなかったに過ぎ  
64       ないところ、不作為による幫助の成否が問題となる。

65       (1) 不作為は無限に広がりうるから、作為による幫助との構成要件の同価値性が  
66       認められる限度で実行行為性が認められると考える。そして、①法的作為義務  
P. 4       の存在と②これを行うことが可能かつ容易である場合に、同価値性が認められ  
68       る。①については、法益に対する排他的支配性などをみる。

69       本件では、丙はB店において業務全般に関与する者として売上金を袋に納め、  
70       店内の金庫の中に保管する職務を負っていた。そして、これを本社社員が収集  
71       する営業形態が取られていた。売上金に対する丙の排他的支配は金庫内にある  
72       限度で認められ、本社社員の回収後は丙の支配を離れているとみられるところ、  
73       丙は、金庫において売上金を保管する義務を負うにとどまり、回収後の協力義  
74       務を負わないとも思える。

75       もっとも、B店の従業員として、強盗等により本社社員の売上金回収が妨げ  
76       られることが明確に予測できる場合には、これを防止し売上金回収に協力する  
77       義務が生じると考える。

78       本件でも、丙は甲から計画を打ち明けられているところ、明確に予測される  
79       甲・乙の犯罪を防止する協力義務を、法的作為義務として負う (①)。

80       そして、丙は甲の居場所を知っているから、本社への連絡や通報により、  
81       甲・乙の強盗行為を防止することは可能かつ容易といえる (②)。

82       よって、実行行為性が認められる。

83       (2) 幫助の因果関係としては促進的因果関係で足りるところ、本件でも、丙の不  
84       作為による幫助によって、何らの妨害なく甲の強盗結果が惹起されたといえ、  
85       因果関係が認められる。

86       (3) よって、丙に強盗致傷罪について不作為による幫助犯が成立する。

87       以上

## 共犯からの離脱

### P1：実行の着手前の離脱

・共同正犯（60条）が一部実行全部責任を負う根拠は相互に他方の行為を利用補充する関係をもつことで、法益侵害結果発生の危険性を高めることにある。

→そこで、もはや、相互に利用補充する関係がなく、法益侵害結果と自らの行為との間の因果性がないといえる場合には、共犯からの離脱が認められるものと解する。

→着手前には物理的因果性及び心理的因果性も小さいことから、

#### ①離脱の意思表示

②他の者の明示もしくは黙示の了承・・・があれば離脱が認められるものと解する。

※しかし、共謀共同正犯で首謀的地位にあるものや事前に鍵等を用意したものは強度な心理的因果性や物理的因果性が生じているので、①②の要件に加えて③強度な心理的因果性・物理的因果性を白紙に戻す努力が必要であるものと解する。

※**物理的因果性**：物（ナイフなど）、情報      **心理的因果性**：役割、人的関係

### P2：実行の着手後の離脱

・共同正犯（60条）が一部実行全部責任を負う根拠は相互に他方の行為を利用補充する関係をもつことで、法益侵害結果発生の危険性を高めることにある。

→そこで、もはや、相互に利用補充する関係がなく、法益侵害結果と自らの行為との間の因果性がないといえる場合には、共犯からの離脱が認められるものと解する。

→着手後は物理的因果性が生じ、かつ着手した以上、後には引けないという状況になり、心理的因果性も飛躍的に高まることから、

#### ①離脱の意思表示

②他の者の明示又は黙示の承諾に加え、

③結果発生防止のための積極的行為が必要であると解する。

※離脱の結果、未遂になる場合だけ共犯と中止の論点が出てくる。

もともと、中止未遂となるのは殺人罪などの場合。傷害致死罪には未遂がないので、共犯と中止の論点は出てこない。

→結果が発生した以上、中止犯とはならないとも思える。

→しかし、離脱が成立し、結果に対する因果性が断たれている以上、結果は帰責されないから、その後の他の関与者の行為により結果が発生しても中止犯（43条但書）の適用は認められる。

→以下、中止犯の要件を検討する。

※住居侵入＋強盗の共謀で、住居侵入後（共謀の一部に着手）、強盗前に離脱した場合も、一部の着手であっても、着手した以上後には引けないという状況になり、心理的因果性が飛躍的に高まるから、着手後の離脱と同様の議論が成立する。（最決平21.6.30の事案）

## 不作為犯と共犯

(事案) (札幌高裁H12.3.16)

Xは、自己が親権者となっていたV(当時3歳)を連れてYと内縁関係にはいったが、YはしばしばVにせっかみを加え、Xにも暴力が及ぶことがあった。Yが、Vに対して顔面・頭部を殴打し、転倒させるなどの暴行を加え、Vを死亡させた際、Xは、Yが暴行を開始しようとしたのを認識したが、Yの暴行を制止する措置をとることなく放置した。

なお、その際、Xは妊娠していた。

- ・ Yの罪責：傷害致死罪(205条)(←端的に認定する)
- ・ Xの罪責は？
- ・ まず、不作為による共同正犯といえるか。
  - 共同正犯といえるためには、①共同実行の意思及び②共同実行の事実が必要である。
  - 本件では、Yの暴行を制止する措置をとることなく放置したにすぎず、①共同実行の意思はない。
- ・ では、不作為による幫助犯は成立するか？

**幫助とは、正犯者でないものが正犯の実行を容易にさせることをいう。**

  - そして、他人の犯罪行為を認識しながら法律上の**作為義務に反して**不作為にとどまる行為は、その犯罪行為を容易ならしめるから、その場合には不作為による幫助犯は認められるものと解する。
  - 本件で、Vの生命・身体の安全の確保は、Xのみに依存していた状態にあり(※いわゆる**排他的支配性を判断している**)、かつ、XはVの生命・身体の安全が害される危険な状態を認識している。
  - + VとYのそばによって、YがVに暴行を加えないように監視する行為、Yの暴行を言葉で制止する行為は可能である。
  - よって、本件Xは**作為義務に反して**不作為にとどまっている。
  - Xには傷害致死罪の幫助犯(62条1項、205条)が成立する。

## 不真正不作為犯の実行行為性

(事例)：シャクティ事件

重篤な病人Aを、自己の信奉者であるAの家族乙に命じて病院から連れ出させ、その手当てを家族らから全面的にゆだねられた甲が、ホテルの一室において、未必的な殺意をもってAを放置し、同人が死亡した場合の、甲および乙の罪責を述べよ。

### 第1 甲の罪責

1(1) 甲は、未必的な殺意をもってAを放置し、結果として同人が死亡している。かかる甲の行為に不作為による殺人罪(199条)が成立しないか。

不作為による殺人罪が成立するためには、①実行行為、②①と人の死との間の因果関係、③殺意が必要である。

(2) まず、①実行行為の有無について検討する。

実行行為とは法益侵害惹起の直接的・現実的危険性を含む行為をいう。不作為の場合もかかる危険性が認められれば、実行行為性を肯定する。

もっとも、不作為は無限に存在するところ、刑法の自由保障の見地から、処罰範囲を限定する必要がある。そこで、不作為が実行行為といえるためには、不作為が、作為と構成要件の同価値性を有する場合に限られると解する。具体的には、(a)作為義務ある者の不作為で、(b)作為の可能性・容易性が認められることが必要であると解する。

(a) 作為義務の判断要素として重要なのは、被害者を排他的支配領域に置き、引受行為があったことである。本件では、甲は、重篤な病人Aを病院から連れ出させ、その手当てを家族らから全面的に委ねられている以上、被害者Aを排他的支配領域に置き、Aの生命の安全について引受行為があったといえる。よって甲にはAの生命の安全を守る作為義務があったといえる。それにもかかわらず、甲はAを助けず、放置しており、Aの生命の安全を守る行為を行わなかった以上、不作為もあったといえる。以上より、(a)作為義務ある者の不作為はあるといえる。

※交通事故により重傷を負わせた被害者を救護するためいったん自車に乗せたが、犯行の発覚を恐れて人気のない場所で下して放置した事案で殺人罪ないし殺人未遂罪を認めた下級審判例も、被害者を排他的支配領域に置き、引受行為をした点を重視していると考えられる。

※法令・契約・条項など民法上の義務を、刑法の構成要件を検討する上での作意義務としにくいという価値判断も根底にはある。

次に(b)作為の可能性・容易性について検討する。

本件でAが死亡したのはホテルの一室である。ホテルだと電話もあるので、電話をかけ、救急車を呼ぶなど、Aの死の結果を防止する容易性はあったといえる。

以上、(a)(b)の要件を満たすので、本件甲の不作為は実行行為といえる。

(3) ②では①と人の死の結果との間に因果関係は認められるか。

作為犯とは異なり、不作為犯の場合には期待された行為という現実には存在しないものを付け加えて考える、いわゆる仮定的因果関係を是認せざるを得ない。このような場合に、100%確実に結果が防止できたことの立証を要求すると、不作為犯の成立を著しく

限定してしまい、法益保護が図れない。

そこで、**不作為犯においては100%確実に結果が防止できたことまでの証明は不要であり、十中八九、結果の防止が可能であったことの立証で足りるものと解する。**

本件で具体的事情が明らかではないが、十中八九、結果の防止が可能であるならば、本件不作為とAの死の結果との間に因果関係はあるといえる。

(4) では③殺意は認められるか。

殺意とは殺人罪の故意をいう。**故意とは、構成要件該当行為の認識・認要をいい、結果が生じてもやむを得ないという未必的なもので足りる。**

本件で甲はAに対して未必的な殺意をもって以上、③殺意は認められる。

2, 以上、①～③の要件を満たすので、甲には不作為による殺人罪が成立する。

そして、後に述べるように、保護責任者遺棄致死罪（218条、219条）の範囲で乙との間に共同正犯（60条）が成立する。

## 第2 乙の罪責

1, まず、本件の乙に、殺人罪（199条）が成立するか否かが問題となるが、③乙に殺意はないので、殺人罪は成立しないものといえる。（+①乙はAの生命の安全について排他的支配をしていない。）

2, もっとも、乙は「病者」であるAの家族であるから、「保護する責任のある者」であるにもかかわらず、「生存に必要な保護をしなかった」といえ、「よって」Aを死亡させているので、保護責任者遺棄致死罪（218条、219条）の罪責を負う。

3, では、かかる乙と甲との間に共同正犯が成立するか。

**共同正犯（60条）が一部実行全部責任を負う根拠は相互利用補充関係にあるから、共謀があるというためには相互に利用補充したといえる関係すなわち、①共同実行の意思及び②共同実行の事実が必要である。**

そして、異なる構成要件間であっても、構成要件が重なり合う場合には、その範囲で構成要件該当行為である実行行為を共同実行することは可能である。したがって、異なる構成要件間であっても、(a)保護法益や(b)行為態様等の点で両者が重なる範囲内では共同正犯の成立を認めるべきである。

本件甲の不作為による殺人罪と乙の保護責任者遺棄致死罪は(a)人の生命・身体の安全の面で保護法益は同一であり、(b)両方とも、保護をしないという行為態様であるから、行為態様等の点でも両者に重なり合いが認められる。

そして、①乙は甲の指示にしたがっており、共同実行の意思が認められる。また、②Aを病院から連れ出しており、共同実行の事実も認められる。

以上より、甲には殺人罪が成立し、乙には保護責任者遺棄致死罪が成立し、両者は保護責任者遺棄致死罪の範囲で共同正犯となる。

【MEMO】

## 予備試験スタンダード短答オープン過去問より

※問題文・解説等は、原則として出題当時のまま掲載しております。

【MEMO】

憲法	取材・報道の自由	日付	/	問題整理番号	正答率
第11問		チェック欄		2-5-2-(1)	%
〈出題ポイント〉 条文知識：1 判例知識：5 学説理解：1 事務処理：1 論理その他：1					

〔第11問〕（配点：2）

取材・報道の自由に関する次のアからウまでの各記述について、最高裁判所の判例の趣旨に照らして、正しいものには○、誤っているものには×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。（解答欄は、[No.19]）

ア. 名誉毀損につき公共の利害に関する場合の特例を定める刑法第230条の2第1項の「公共の利害に関する事実」に当たるか否かは、事実を摘示する際の表現方法や事実調査の程度などにより判断されるべきである。

イ. 公判廷の状況を一般に報道するための取材活動であっても、その活動が公判廷における審判の秩序を乱し、被告人やその他の訴訟関係人の正当な利益を不当に害するようなものは許されない。

ウ. 様々な意見、知識、情報に接し、これを撰取することを補助するものとしてなされる限り、筆記行為の自由は憲法第21条第1項の保障の下にあり、その制限又は禁止には、表現の自由に制約を加える場合に一般に必要なとされる厳格な基準が要求される。

- |             |             |             |
|-------------|-------------|-------------|
| 1. ア○ イ○ ウ○ | 2. ア○ イ○ ウ× | 3. ア○ イ× ウ○ |
| 4. ア○ イ× ウ× | 5. ア× イ○ ウ○ | 6. ア× イ○ ウ× |
| 7. ア× イ× ウ○ | 8. ア× イ× ウ× |             |

憲法 第11問	取材・報道の自由	過去問	予備29-3, 28-3 新司29-7, 27-4, 24-4
正解 [No.19] 6			

【合格へのアプローチ】

本問は、取材・報道の自由に関する判例の理解を問うものである。本問で出題した判例はいずれも百選掲載のものであって、短答式試験対策として重要なものであるといえる。特に、肢ウの判例（最大判平元. 3. 8, レペタ事件, 百選 I 77 事件）は、「裁判の公開が制度として保障されていることに伴い、各人は、裁判を傍聴することができることとなるが、右規定〔注：憲法 8 2 条 1 項〕は、各人が裁判所に対して傍聴することを権利として要求できることまでを認めたものでないことはもとより、傍聴人に対して法廷においてメモを取ることを権利として保障しているものでないことも、いうまでもない」とした点でも重要なので、併せて押さえて欲しい。

**ア誤り。**本記述は、名誉毀損につき公共の利害に関する場合の特例を定める刑法 230 条の 2 第 1 項の「公共の利害に関する事実」に当たるか否かは、事実を摘示する際の表現方法や事実調査の程度などにより判断されるべきであるとしている点で、誤っている。

最判昭 56. 4. 16（「月刊ペン」事件, 百選 I 69 事件）。判例は、雑誌が特集記事で宗教法人甲を批判するに当たり、当該宗教法人の象徴的存在とみられる会長乙の女性関係に関する記事を掲載したところ、乙や甲などの名誉を毀損したとして、雑誌の編集局長が起訴されたという事案において、名誉毀損につき公共の利害に関する場合の特例を定める刑法 230 条の 2 第 1 項にいう『公共ノ利害ニ関スル事実』にあたるか否かは、摘示された事実自体の内容・性質に照らして客観的に判断されるべきものであり、これを摘示する際の表現方法や事実調査の程度などは、同条にいわゆる公益目的の有無の認定等に関して考慮されるべきことがらであつて、摘示された事実が『公共ノ利害ニ関スル事実』にあたるか否かの判断を左右するものではない」としている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、刑法 230 条の 2 が憲法 21 条に基づくものであり、被害者の名誉やプライバシーを犠牲にしてでも表現の自由を保障しようとする趣旨であることからすれば、被害者の権利侵害の程度を考慮に入れるのはその趣旨に反するところであり、また、批判的言辞に侮辱的・嘲笑的表現が含まれることは多々あるということを挙げている。（芦部（憲法）P. 191。有斐閣憲法 I P. 379。条文・判例スタンダード(1)P. 231～2）

**イ正しい。**最大決昭 33. 2. 17（百選 I 76 事件）により、本記述は正しい。

判例は、強盗殺人事件の公判において事件取材のために記者席にいた X が、公判開始後の写真撮影は許されないと告知されていたにもかかわらず、公判開始後に壇上に駆け上がって被告人の写真を撮影したため、過料に処されたという事案において、「新聞が真実を報道することは、憲法 21 条の認める表現の自由に属し、またそのための取材活動も認められなければならないことはいうまでもない。し

かし、憲法が国民に保障する自由であつても、国民はこれを濫用してはならず、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負うのであるから（憲法12条）、その自由も無制限であるということとはできない。そして、憲法が裁判の対審及び判決を公開法廷で行うことを規定しているのは、手続を一般に公開してその審判が公正に行われることを保障する趣旨にほかならないのであるから、たとひ公判廷の状況を一般に報道するための取材活動であつても、その活動が公判廷における審判の秩序を乱し被告人その他訴訟関係人の正当な利益を不当に害するがごときものは、もとより許されないといいなければならない。」としている。

なお、判例は、上記判示に続けて、「刑事訴訟規則215条は写真撮影の許可等を裁判所の裁量に委ね、その許可に従わないかぎりこれらの行為をすることができないことを明らかにしたのであつて、右規則は憲法に違反するものではない」としている。（芦部（憲法）P.354。有斐閣憲法I P.395。条文・判例スタンダード(1)P.223～4）

**ウ誤り。**本記述は、情報等の摂取を補助するためにする筆記行為の自由の制限又は禁止には、表現の自由に制約を加える場合に一般に必要とされる厳格な基準が要求されるとしている点で、誤っている。

最大判平元. 3. 8（レペタ事件、百選I 77事件）。判例は、公判を傍聴したアメリカ人弁護士が、傍聴席でのメモ採取の許可申請を行ったが、それが認められなかったため、この措置が憲法21条や82条等に違反するとして損害賠償を求めたという事案において、「筆記行為は、一般的には人の生活活動の一つであり、生活のさまざまな場面において行われ、極めて広い範囲に及んでいるから、そのすべてが憲法の保障する自由に関係するものということとはできないが、さまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取することを補助するものとしてなされる限り、筆記行為の自由は、憲法21条1項の規定の精神に照らして尊重されるべきであるといわなければならない」とした上で、「情報等の摂取を補助するためにする筆記行為の自由といえども、他者の人権と衝突する場合にはそれとの調整を図る上において、又はこれに優越する公共の利益が存在する場合にはそれを確保する必要から、一定の合理的制限を受けることがあることはやむを得ないところである。しかも、…筆記行為の自由は、憲法21条1項の規定によつて直接保障されている表現の自由そのものとは異なるものであるから、その制限又は禁止には、表現の自由に制約を加える場合に一般に必要とされる厳格な基準が要求されるものではないというべきである」としている。（芦部（憲法）P.184。有斐閣憲法I P.395～6。条文・判例スタンダード(1)P.224～7）

以上により、正しい組合せは「ア× イ○ ウ×」であり、したがって、正解は肢6となる。

■ワンポイントレッスン

博多駅事件決定以来、①報道の自由は憲法21条1項により保障される、②取材の自由は憲法21条1項の趣旨に照らし十分尊重されるべきである、③取材の自由は公正な裁判の実現のためにある程度の制約を受ける、④当該制約が許されるか否かは比較衡量により判断すべきである、との解釈が確立していると思われる。④の比較衡量の判断基準として、重要とされる判例を以下にまとめたので、参考にして欲しい。

	博多駅事件 (最大決昭44.11.26, 百選I78事件)	日本テレビ事件 (最大決平元.1.30)	TBS事件 (最大決平2.7.9, 百選I79事件)
事案	警察官に刑法194条、195条違反があったとして付審判請求がなされた事案において、福岡地裁がNHKほかTV局3社に対し、事件の「状況を撮影したフィルム全部」の提出を命じた。	衆議院議員とリクルートコスモス社の社長室長が接触する状況を撮影したテープを贈賄被疑事件捜査のために検察が差し押さえた。	暴力団員の犯罪立証のため、当該暴力団員による債権取立てを撮影したビデオテープを警察が差し押さえた。
差押主体	裁判所	検察	警察
決定	抗告棄却(差押えは合憲)	抗告棄却(差押えは合憲)	抗告棄却(差押えは合憲)
決定要旨	①本件フィルムは、被疑者らの罪責の有無を判断する上で、ほとんど必須のものと認められる。 ②本件フィルムは既に放映されたものを含む放映のために準備されたものであり、それが証拠として使用されることによって報道機関が被る不利益は、報道の自由そのものではなく、将来の取材の自由が妨げられるおそれがあるというにとどまる。	①本件ビデオテープは、証拠上極めて重要な価値を有し、事件の全容を解明し犯罪の成否を判断する上で、ほとんど不可欠のものであった。 ②本件ビデオテープは既に放映済みである。 ③取材経緯が証拠の保全を意図した者からの情報提供と依頼に基づく特殊なものである。 ④報道の自由ないし取材の自由に対する制約の拒否に関しては、裁判所による差押えと検察による差押えの間に本質的な差異はない。	①本件ビデオテープは、事案の全容を解明して犯罪の成否を判断する上で重要な証拠価値を持つ。 ②本件ビデオテープは既に放映済みであり、差押えにより報道の機会が奪われるような事情はなかった。 ③取材協力者は、放映されることを了承していたのだから、擁護の必要性はない。 ④犯罪者の協力による撮影収録が、取材の自由の一態様として保護しなければならない必要性は疑わしい。
評釈	取材の自由の憲法上の位置づけを示した上、報道機関の取材フィルムに対する提出命令の可否につき比較衡量に基づいて判断する枠組みを採用した。	憲法21条1項に基礎を置く取材の自由の本質に照らし、将来の取材活動に支障をきたすおそれを生ぜしめることを過小評価すべきではないとする反対意見がある。	犯罪立証のためにほとんど不可欠の証拠であった日本テレビ事件の場合と比較して、本件ビデオテープの証拠としての必要性は低いとする反対意見がある。

民法	無権代理	日付	/	問題整理番号	正答率
第11問		チェック欄		1-8-(4)-①	%
〈出題ポイント〉 条文知識：1 判例知識：4 学説理解：0 事務処理：2 論理その他：1					

〔第11問〕（配点：2）

Aは、Bの代理人と称して、Bの所有する動産甲を目的物として、Cとの間で売買契約を締結した。ところが、Aは代理権を有していなかった。そこで、Cは、Bに対し、相当の期間を定めて、その期間内に追認をするかどうかを確定すべき旨の催告をしたが、Bがその期間内に確答をしなかった。この場合に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。（解答欄は、[No.11]）

- ア. AがCに対して負う無権代理人の責任に基づく損害賠償責任は、信頼利益の賠償にとどまり、履行利益の賠償責任にまで及ばない。
- イ. 売買契約締結時に、Aが無権代理をしたことについてAに過失がないとき、Cは、Aに対して、無権代理人の責任を追及することができない。
- ウ. 売買契約の締結について表見代理が成立するときは、Aは、Cに対して、表見代理の成立することを抗弁として主張して無権代理人の責任を免れることができる。
- エ. 未成年者Aが、法定代理人の同意を得ずに、その売買契約を締結したものである場合、Cは、Aに対して無権代理人の責任を追及することができない。
- オ. 売買契約締結時に、CがAに代理権のないことを過失によって知らなかったときは、Cは、Aに対して、無権代理人の責任を追及することができない。

1. ア イ      2. ア オ      3. イ ウ      4. ウ エ      5. エ オ

民法 第11問	無権代理	過去問	予備26-2, 23-2 新司29-5, 26-4, 24-5
正解 [No.11] 5			

【合格へのアプローチ】

本問は、無権代理に関して、主として判例知識を問うものである。無権代理については、肢ア、イ、オのような民法117条の責任に関する判例のみならず、表見代理との関係（肢ウ）、無権代理の相手方の催告権・取消権・追認（民法114条～116条）といった条文知識など、押さえておくべき点が多岐にわたる。これを機に百選や基本書等で各自確認して欲しい。

**ア誤り。**本記述は、AがCに対して負う無権代理人の責任に基づく損害賠償責任は、信賴利益の賠償にとどまり、履行利益の賠償責任にまで及ばないとしている点で、誤っている。

最判昭32. 12. 5。判例は、無権代理人の民法117条による損害賠償責任は履行に代わるべき損害の賠償責任であって、信賴利益の賠償にとどまるべきものではないとしている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、民法117条は、一方で契約の履行責任を認めているのだから、そのバランスからいっても、有効に履行がなされたであろう全ての利益、すなわち履行利益の損害賠償とすべきであるということを挙げている。

よって、無権代理人Aが負う損害賠償責任は、信賴利益の賠償にとどまらず、履行利益にまで及ぶ。（条文・判例スタンダード(3)P.144）

**イ誤り。**本記述は、売買契約締結時に、Aが無権代理をしたことについてAに過失がないとき、Cは、Aに対して、無権代理人の責任を追及することができないとしている点で、誤っている。

最判昭62. 7. 7（百選I34事件）。判例は、民法117条による「無権代理人の責任は、無権代理人が相手方に対し代理権がある旨を表示し又は自己を代理人であると信じさせるような行為をした事実を責任の根拠として、相手方の保護と取引の安全並びに代理制度の信用保持のために、法律が特別に認めた無過失責任である」としている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、民法117条は代理行為の相手方をできる限り保護して取引の安全を図り、かつ代理制度の信用を維持して無権代理人に重い責任を負わせたものであるから、この責任は無過失責任と解すべきであるということを挙げている。

よって、Cは、Aが無権代理をしたことについてAに過失がない場合でも、無権代理人の責任を追及することができる。（内田IP.168～170。川井(1)P.260。条文・判例スタンダード(3)P.102）

**ウ誤り。**本記述は、売買契約の締結について表見代理が成立するときは、Aは、Cに対して、表見代理の成立することを抗弁として主張して無権代理人の責任を免れるこ

とができるとしている点で、誤っている。

最判昭62. 7. 7 (百選I34事件)。無権代理人が民法117条1項所定の責任を免れる事由として表見代理の成立を主張することができるかに関して、判例は、これを否定している。

その理由として、判例は、「表見代理は本来相手方保護のための制度であるから、無権代理人が表見代理の成立要件を主張立証して自己の責任を免れることは、制度本来の趣旨に反する」ということを挙げている。

よって、本記述では、Aは、Cに対して、表見代理の成立することを抗弁として主張して無権代理人の責任を免れることはできない。(内田I.P.170。川井(1)P.269。条文・判例スタンダード(3)P.102)

**エ正しい。**民法117条2項後段により、本記述は正しい。

**他人の代理人として契約をした者が行為能力を有しなかったときは、無権代理人の責任(民法117条1項)を負わない。**

その趣旨は、無権代理人の責任は、あたかも契約が成立した場合に本人が負う責任と同一の責任に類似していることから、行為能力を必要とする点にある。

よって、本記述では、CはAに対して無権代理人の責任を追及することはできない。(内田I.P.168。川井(1)P.261。条文・判例スタンダード(3)P.101)

**オ正しい。**最判昭62. 7. 7 (百選I34事件)により、本記述は正しい。

他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が知っていたとき、若しくは過失によって知らなかったときは、無権代理人は民法117条1項の責任(無権代理人の責任)を負わない(民法117条2項)。

これは、悪意者や過失のある相手方を保護する必要はないと考えられるからである。

また、判例は、民法117条2項の「過失」が、重大な過失に限定されるかについて、「限定されるべきものではない」としている。

その理由として、判例は、民法「117条による無権代理人の責任は、無権代理人が相手方に対し代理権がある旨を表示し又は自己を代理人であると信じさせるような行為をした事実を責任の根拠として、相手方の保護と取引の安全並びに代理制度の信用保持のために、法律が特別に認めた無過失責任であり、同条2項が『前項ノ規定ハ相手方カ代理権ナキコトヲ知リタルトキ若クハ過失ニ因リテ之ヲ知ラサリシトキハ之ヲ適用セス』と規定しているのは、同条1項が無権代理人に無過失責任という重い責任を負わせたところから、相手方において代理権のないことを知っていたとき若しくはこれを知らなかったことにつき過失があるときは、同条の保護に値しないものとして、無権代理人の免責を認めたものと解されるのであつて、その趣旨に徴すると、右の『過失』は重大な過失に限定されるべきものではない」ということを挙げている。

よって、CはAに代理権がないことを過失によって知らなかったので、Aは無権代理人の責任を負わず、CはAに対して無権代理人の責任を追及することはできない。(内田I.P.169~170。川井(1)P.261。条文・判例スタンダード(3)P.102)

改正法においては、相手方に過失があった場合であっても、無権代理人が自己に代理権がないことを知っていた時には、相手方は無権代理人の責任を追及することができる（改正法117条2項2号）。本記述においては、Aに代理権のないことをCが過失によって知らなかったとしても、Aが自己に代理権がないことを知っていたときには、CはAに対して無権代理人の責任を追及することができることとなる。

以上により、正しい記述はエとオであり、したがって、正解は肢5となる。

## ■ワンポイントレッスン

---

無権代理の相手方が採り得る手段についてまとめたので、参考にして欲しい。

### 1 総説

狭義の無権代理行為はそのままでは本人に対して何らの効力も生じない（民法113条1項）。しかし、本人は追認により真正な代理行為であったのと同様の効果を生じさせることができる（本人の追認権，民法113条，116条）。これに対して、不安定な状態に置かれる相手方は、本人に催告して法律関係を確定させるか（相手方の催告権，民法114条），自ら取り消して本人が追認できないようにすることができる（相手方の取消権，民法115条）。そして、無権代理行為が本人に対して効力を生じないときは、無権代理人に重い無過失責任（最判昭62.7.7，百選I34事件）を課して相手方の保護を図っている（無権代理人の責任，民法117条）。

### 2 催告権（民法114条）

民法113条の場合において、相手方は、本人に対し、相当の期間を定めて、その期間内に追認をするかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる。この場合において、本人がその期間内に確答をしないときは、追認を拒絶したものとみなす。

#### 【ポイント】

- ・追認の意思表示は、「相当の期間」内に到達することを要する。本人が相当期間内に確答をしないときは追認拒絶とみなされる。
- ・民法114条の催告権は、契約締結時に無権代理行為であるを知っていた相手方にも認められる。

### 3 取消権（民法115条）

代理権を有しない者がした契約は、本人が追認をしない間は、相手方が取り消すことができる。ただし、契約の時に代理権を有しないことを相手方が知っていたときは、この限りでない。

#### 【ポイント】

- ・取消しは、本人の追認以前になすことを要する。また、民法114条の催告権と異なり、契約当時、無権代理行為であるを知っていた相手方には、取消権は認められない（ただし書）。
- ・民法115条の取消権が行使されると、相手方が無権代理人と締結した契約は確定的に無効となり、本人は追認することができなくなる。
- ・表見代理が成立する場合にも、追認のない間は、相手方は取消権を行使できる（多数説）。判例（最判昭62.7.7，百選I34事件）も、表見代理の成立要件を充足する場合で

あっても、民法117条責任を認めるため、多数説と同趣旨と解されている。

#### 4 無権代理人の責任（民法117条）

他人の代理人として契約をした者は、自己の代理権を証明することができず、かつ、本人の追認を得ることができなかつたときは、相手方の選択に従い、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負う。民法117条1項の規定は、他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が知っていたとき、若しくは過失によって知らなかつたとき、又は他人の代理人として契約をした者が行為能力を有しなかつたときは、適用しない。

##### 【ポイント】

##### (1) 責任の要件

①代理人が代理権を証明することができないこと。

②本人の追認を得られないこと。

→表見代理が成立する場合でも民法117条の責任を追及できる。

③相手方が代理人と称する者の代理権がないことを知らず、かつ、そのことについて過失がないこと（＝善意・無過失）。

→ここでいう過失は重過失に限定されない（最判昭62.7.7、百選I34事件）。

④代理人が制限行為能力者でないこと。

→民法117条の責任は、契約が成立した場合の本人の責任に類似した重い責任であるから行為能力者であることを必要としたものである。もっとも、制限行為能力者が、法定代理人又は保佐人の同意を得て無権代理行為をした場合には責任を負う（通説）。

※ 代理人の過失は要件とならない（＝無過失責任）。

##### (2) 責任の内容

①契約の履行責任

②損害賠償責任

→その内容は、有効に履行があれば得られたであろう全ての利益、すなわち、履行利益の賠償である（最判昭32.12.5、通説）。

##### (3) 表見代理と無権代理の適用関係

表見代理が成立する場合にも相手方は民法117条の責任を追及できるかについては、表見代理は相手方を保護するための制度であつて無権代理人を保護するための制度ではないし、表見代理の証明は必ずしも容易ではないから、相手方の選択行使を認めるべきと解されている（効果選択説、最判昭62.7.7、百選I34事件）。

##### (4) 民法117条2項の「過失」は重過失に限定されるか

A 重過失限定説（前掲最判昭62.7.7の原審）

∵民法117条の過失を単純過失としたのでは、有過失の相手方は、表見代理の保護を受けられないと同時に無権代理人の責任を追及する道も閉ざされることになり、民法117条の存在意義が失われる。

B 重過失非限定説（前掲最判昭62.7.7、百選I34事件、通説）

∵法は重過失に限定するときはその旨明記しており（例：民法95条、470条）、実質的にも、民法117条が無権代理人に無過失責任を課していることとの均衡上、相手方に軽過失でもあれば、無権代理人の免責を認めるのが妥当である。

【MEMO】

刑 法	不法領得の意思	日 付	/	問題整理番号	正答率
第 1 問		チェック欄		4-4-(1)-③	%
〈出題ポイント〉 条文知識：1 判例知識：1 学説理解：5 事務処理：4 論理その他：3					

〔第1問〕（配点：3）

次の【事例】及び各【見解】に関する後記の1から5までの各【記述】を検討し、誤っているものを2個選びなさい。（解答欄は，[No.1]，[No.2] 順不同）

【事 例】

甲は、児童公園の広場を自転車で一周してみたいと考えたところ、広場の隅にVの自転車が置いてあったのを発見し、Vに無断で数分間借用し、その広場を一周した後直ちに元の場所に戻した。

乙は、Vに嫉妬し、嫌がらせの目的で、Vが大事にしている木彫りの置物をV宅から無断で持ち出し、自宅の地下室に隠した。

【見 解】

A説：不法領得の意思として、他人の物をその経済的用法に従い利用又は処分する意思のみが要求される。

B説：不法領得の意思として、権利者を排除して他人の物を自己の所有物として扱う意思のみが要求される。

C説：不法領得の意思として、他人の物をその経済的用法に従い利用又は処分する意思と、権利者を排除して他人の物を自己の所有物として扱う意思の双方が要求される。

D説：不法領得の意思は不要である。

【記 述】

1. A説からは、甲には、不法領得の意思が認められ得るが、乙には認められない。
2. B説からは、甲と乙のいずれにも、不法領得の意思が認められる。
3. C説に立った場合、Vの自転車が、時価150万円相当の高級品であり、かつ、使用態様も数時間にわたり市内を乗り廻したというものであるときは、甲に不法領得の意思が認められ得る。
4. D説からは、甲と乙のいずれにも窃盗罪が成立するとの結論以外は成り立ち得ない。
5. 判例は、C説と同様の見解を採用している。

刑 法 第 1 問	不法領得の意思	過去問	予備26-6 新司29-8, 26-2, 25-4
正解 [No.1] [No.2] 2, 4 (順不同)			

【合格へのアプローチ】

判例は、窃盗罪の成立要件として不法領得の意思を要求しており、これを、「権利者を排除して他人の物を自己の所有物としてその経済的用法に従いこれを利用、処分する意思」と定義している（大判大4. 5. 21, 最判昭26. 7. 13など）。この定義のうち、前半部分の「排除意思」が不可罰な使用窃盗を、後半部分の「利用処分意思」が毀棄・隠匿を、それぞれ窃盗罪の成立範囲から排除する機能を担っている。他方、学説は、①判例を支持する見解、②排除意思のみを要求する見解、③利用処分意思のみを要求する見解、④不法領得の意思を不要とする見解の4説に分かれている。不法領得の意思については、短答式試験では、各見解を事例に当てはめて、窃盗罪の成否を問う形式の出題が予想されるので、本問を活用して、各見解の理解を深めて欲しい。（山口P.289～292。前田（各）P.156～162。条文・判例スタンダード(6)P.459）

1 正しい。A説は、不法領得の意思として、他人の物をその経済的用法に従い利用又は処分する意思のみが要求されるとする。

他人の自転車を無断借用して使用する行為には、他人の物をその経済的用法に従い利用する意思が認められる。

よって、A説からは、甲には、不法領得の意思が認められ得る。

他方、嫌がらせの目的で、他人の物を無断で持ち出し、自宅の地下室に隠すという行為（隠匿行為）には、他人の物をその経済的用法に従い利用又は処分する意思は認められない。

よって、A説からは、乙には、不法領得の意思は認められない。

したがって、本記述は正しい。

2 誤り。本記述は、甲に不法領得の意思が認められるとしている点で、誤っている。

B説は、不法領得の意思として、権利者を排除して他人の物を自己の所有物として扱う意思のみが要求されるとする。

他人の自転車をほんの数分間無断借用して使用する行為には、権利者を排除して、他人の物を自己の所有物として扱う意思は認められない。

よって、B説からは、甲には、不法領得の意思は認められない。

他方、嫌がらせの目的で、他人の物を無断で持ち出し、自宅の地下室に隠すという行為（隠匿行為）には、権利者を排除して、他人の物を自己の所有物として扱う意思が認められる。

よって、B説からは、乙には、不法領得の意思が認められる。

3 正しい。C説は、不法領得の意思として、他人の物をその経済的用法に従い利用又は処分する意思（利用処分意思）と、権利者を排除して他人の物を自己の所有物として扱う意思（排除意思）の双方が要求されるとする。

他人の自転車を無断借用して使用する行為には、他人の物をその経済的用法に従

い利用する意思が認められる。

他方、他人の自転車をほんの数分間無断借用して使用する行為には、通常、権利者を排除して、他人の物を自己の所有物として扱う意思は認められないとされる。もっとも、判例は、「普通乗用自動車（時価約250万円相当）を、数時間にわたって完全に自己の支配下に置く意図のもとに、所有者に無断で乗り出し、その後4時間余りの間、同市内を乗り廻していたというのであるから、たとえ、使用後に、これを元の場所に戻しておくつもりであったとしても、被告人には右自動車に対する不正領得の意思があったというべきである」としている（最決昭55.10.30、百選II32事件）。自転車の一時使用について、排除意思を否定し、窃盗罪の成立を認めなかった判例がある（大判大9.2.4等）にもかかわらず、自動車については排除意思を否定した判例がないのは、自動車の方が一般に高価で他人による無断使用を処罰する必要性が高いからであると考えられている。そうだとすれば、**自転車であっても、自動車と同様に高価であって、他人による無断使用を抑止する必要性が高い場合には、排除意思が肯定され得ると考えられる。**本記述では、無断一時使用の対象たる自転車が、時価150万円相当の高級品であるので、排除意思が肯定され得る。

よって、C説に立った場合、Vの自転車が、時価150万円相当の高級品であり、かつ、使用態様も数時間にわたり市内を乗り廻したというのであるから、甲に不法領得の意思が認められ得る。

したがって、本記述は正しい。

**4 誤り。**本記述は、甲と乙のいずれにも窃盗罪が成立するとの結論以外は成り立ち得ないとしている点で、誤っている。

D説は、不法領得の意思は不要であるとする。

窃盗罪の成立要件として、不法領得の意思が不要であるとした場合、排除意思を欠く甲についても、利用処分意思を欠く乙についても、窃盗罪が成立し得る。

もっとも、D説に立ったとしても、他人の机上にあったナイフを無断で借用して鉛筆を削る行為や、広場の隅に置いてあった他人の自転車に勝手に乗って、その広場を1周する行為などは、それだけでは、いまだ財物の占有を取得したとはいえないから、可罰的な窃取行為には当たらないと解されている。

よって、D説に立ったとしても、**可罰的窃取行為には当たらないとして、甲に窃盗罪が成立しないと結論を導くことはできる。**

**5 正しい。**不法領得の意思について、判例は、大審院以来今日に至るまで一貫して、「権利者を排除して他人の物を自己の所有物としてその経済的用法に従いこれを利用、処分する意思」であるとしている（大判大4.5.21、最判昭26.7.13など）。

よって、判例は、C説と同様の見解を採用している。

したがって、本記述は正しい。

以上により、誤っている記述は2と4であり、したがって、正解は肢2と肢4（順不同）となる。

■ワンポイントレッスン

不法領得の意思の要否とその内容について，表にまとめたので，参考にして欲しい。

- ①権利者を排除して他人の物を自己の所有物として扱う意思（排除意思）
- ②物の経済的（本来的）用法に従いこれを利用又は処分する意思（利用処分意思）

不法領得の意思の要否	必要説			不要説
	○（必要）	○（必要）	×（不要）	×（不要）
①排除意思	○（必要）	○（必要）	×（不要）	×（不要）
②利用処分意思	○（必要）	×（不要）	○（必要）	×（不要）
一時使用	不法領得の意思が欠けて不可罰	不法領得の意思が欠けて不可罰	可罰的な占有侵害が欠けて不可罰	可罰的な占有侵害が欠けて不可罰
毀棄罪との区別	不法領得の意思の有無で区別	占有移転の有無で区別	不法領得の意思の有無で区別	占有移転の有無で区別



## 辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6  
TEL03-3360-3371（代表） ☎ 0120-319059（受講相談）  
<http://www.tatsumi.co.jp/>

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F  
TEL045-410-0690（代表）

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F TEL06-6311-0400（代表）  
京都本校：〒604-8187 京都府京都市中京区御池通東洞院西入る笹屋町435  
京都御池第一生命ビルディング2F TEL075-254-8066（代表）

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F  
TEL052-588-3941（代表）

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神2-8-49 ヒューリック福岡ビル8F  
TEL092-726-5040（代表）

岡山校：〒700-0901 岡山市北区本町6-30 第一セントラルビル2号館 8階  
穴吹カレッジキャリアアップスクール内 TEL086-236-0335