

2018 福田クラス 直前フォロー答練

刑事系第1問 解説

辰巳専任講師・弁護士 福田 俊彦先生御担当
辰巳法律研究所

※ 本問の初出題は、2016.11.20実施の2017スタンダード論文答練（第1クール）刑事系1第1問（辰巳専任講師・弁護士 西口 竜司先生御担当）です。

◆ 問題 ◆

（配点：100）

以下の事例に基づき、甲、乙、丙及び丁の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい（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以外の特別法違反の点を除く。）。

- 1 甲女（以下「甲」という。）は、平成18年8月28日、Aと婚姻し、Aとの間に、平成19年3月28日、子Bをもうけた。しかし、次第にその結婚生活が破綻し、甲は、平成21年2月19日、Aと協議離婚をし、Bの親権者となり、Bを連れて実家に戻った。
- 2 甲は、平成22年1月頃、スナックで働き始めたが、同年3月頃、そこに客として来店した乙男（以下「乙」という。）と親しくなり、同月22日頃、乙が甲に同居を申し出たことから、甲は、Bを連れて乙と乙の住むアパートの一室（以下「乙宅」という。）で一緒に暮らすようになり、勤めていたスナックも辞めた。乙は、その当時、とび職人として働いていて、月収23万円を得ていた。それ以降、乙は、自身の収入を甲及びBとの生活費に充てるとともに、Bの育児にも協力した。
- 3 しかし、乙は、職場の人間関係の悩みなどから、仕事に嫌気が差し、同年10月頃、とび職を辞めてしまった。乙は、新たな仕事に就く当てもなく、生活費にも事欠くようになったことなどから、次第に不満や苛立ちを募らせ、日頃から甲やBに八つ当たりをすることが多くなった。特に、乙は、Bのことを疎ましく思うようになり、うっ憤晴らしのため、毎日のように平手や拳でBの顔面や頭部を殴打するなどのせっかんに繰り返すようになった。その際、甲は、初めのうちは、乙に対し、「もうやめてあげて。」などと注意し、乙のBに対する暴力を止めていたものの、自らの生活の不安、ストレス、乙に嫌われたくないとの思いから、次第に、乙がBにせっかんに加えてもBを助けようとはせず、Bが助けを求める視線を甲に向けても、無関心な態度を示すようになった。
- 4 同年11月21日午前10時15分頃、乙は、Bが居間でおもちゃの片付けの指示に従わなかったことから立腹し、Bの左頬を右の平手で一度殴打したが、なおもBが反抗的な態度

をとったため、怒りが収まらず、Bの頭部右側を手拳で5回にわたり殴打した。すると、Bは、突然、短い悲鳴を上げ、身体の内側から倒れて仰向けになり、意識を失った。甲は、乙がBを殴打している間、台所で米をとぎ続け、乙のBに対するせつかに気付かなかつたが、これまでにないBの悲鳴を聞いて慌てて様子を見に行つたところ、既に、Bは、乙に抱えられて、身動きをしない状態になっていた。

5 甲は、Bが意識不明になっているのを見て驚き、Bを病院に連れて行かなければBの命が危ないと思つたものの、このままBが死んでしまえば乙との生活がうまくいくのではないかと思ひ、乙に対し、「大丈夫よ。気を失っただけだから。後は私が布団に寝かせて世話をするわ。」と言つて、Bを病院に連れて行かないようにした。これに対し、乙は、Bが死ぬことはないだろうと思ひ、また、Bを病院に連れて行けば、自分がBに暴力を振るつたことが知られてしまうと思つたことから、Bを病院に連れて行かずに、Bの世話を甲に任せて、同日午後には旧友である丙と会う予定があつたことから、そのまま乙宅を出た。なお、乙のBに対する頭部への殴打は、実際には致命傷であり、この時点で、甲又は乙がBを病院に連れて行き、Bに適切な治療を施していれば、十中八九Bの救命は可能であつたが、Bに適切な治療を受けさせずにBをそのまま放置した場合には、Bは、しばらくした後死に至る状況であつた。また、Bを救命できる病院は、乙宅から自動車で行けば15分ほどで着く場所であり、甲又は乙がBを自動車と同病院へ連れて行けば、Bの治療が可能であつた。

6 外出した乙は、丙と久しぶりに再会し、居酒屋で話をしていた。丙は、自身が日頃頻繁に通つているCビル内のパチンコ店D（以下「D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、これを奪つて現金を得ようと考えていたため、乙に対し、この計画を打ち明け、乙にも加わつてほしいと頼むと、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、丙から、丙が集金に来た本社社員を襲つている際に、丙が不利な状況であれば乙にも一緒に襲つてほしいが、乙は基本的には見張りをすればよいし、奪つた現金の3割を分け前として乙に与えると言われると、生活が困窮して金欲しかつたため、これを了承し、この計画に加わることにした。

7 乙及び丙は、共にCビルへ向かい、Cビルの近くで集金車を待ち構えていた。すると、日頃からD店で丙と顔なじみである同店店員丁が、通り掛かつた。丁は、丙らの様子がおかしかつたことから、丙に話し掛けたところ、丙から、集金に来た本社社員からD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。丁は、困惑し、丙にそのようなことをやめるように促したが、丙から「大丈夫。丁には関係がないことだから。」と言われたため、丁は、「関係がないならば、いいです。」と答え、それ以上、丙らが上記計画を実行に移すことを止めようとはしなかつた。

丁は、D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つていた。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。

8 同日午後7時45分頃、本社社員EがD店の集金袋から上記売上金を回収した後、Cビルから出てきて、乙及び丙の方に歩いてきた。急に怖くなつた乙は、丙に対し、「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、乙宅に帰つた。

丙は、乙が帰つてしまつたものの、もはやこのまま引き下がるわけにはいかないと、

E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、丙は、Eが倒れて動けなくなっている間に、E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。Eは、丙の上記暴行により、加療約10日間を要する顔面挫創、頭部打撲傷を負った。

9 乙宅に帰った乙は、いまだにBが意識を失ったまま全く回復していないのを見て、甲に対し、「このままではBが死んでしまい、自分たちが罪に問われ、離れ離れになってしまう。Bを病院に連れて行った方がいいのではないか。」と言った。すると、甲は、Bだけでなく乙をも失うことを恐れ、これに納得した。甲及び乙は、Bに対し、死なないよう治療を受けさせるのが賢明であると判断した。そして、甲及び乙は、乙が運転する自動車（以下「乙車」という。）にBを乗せて病院に向かった。なお、甲及び乙がBを病院に連れて行くことを決意した時点で、Bを病院に運びBに適切な治療を施したとしても、乙によるBの頭部右側に対する5回の上記殴打により生じた脳機能障害から、Bが救命される可能性はほとんどなかった。

10 乙車は、同日午後10時45分頃、時速約30ないし40キロメートルの速度で、何ら徐行することなく、左右の見通しが利かない交差点に進入したところ、左方道路より進行してきたFの運転する自動車（以下「F車」という。）の前部と乙車の左後側部が衝突し、乙車は、同交差点前方右角にあるブロック塀に衝突し、これにより、乙車に同乗していたBは、死亡した（以下「本件事故」という。）。Bの死因は、本件事故による脳挫傷であった。

なお、本件事故の発生時には、以下のような事情が認められた。乙車の対面信号機は、他の交通に注意して進行することができることを意味する黄色灯火の点滅を表示し、F車の対面信号機は、一時停止しなければならないことを意味する赤色灯火の点滅を表示していた。そして、いずれの道路にも、道路標識等による優先道路の指定はなく、それぞれの道路の指定最高速度は時速30キロメートルであり、乙車の進行方向から見て、左右の交差道路の見通しは困難であった。Fは、酒気を帯び、指定最高速度である時速30キロメートルを大幅に超える時速約70キロメートルで、足元に落とした携帯電話を拾うため前方を注視せずにF車を走行させ、対面信号機が赤色灯火の点滅を表示していたにもかかわらず、そのまま交差点に進入してきた。また、①乙車が時速20キロメートルで走行していた場合には、衝突地点から乙車が停止するのに必要な距離に相当する6.42メートル手前の地点において、衝突地点から28.50メートル離れた地点にいるはずのF車を直接視認することはできなかったこと、②乙車が時速10キロメートルで走行していた場合には、衝突地点から乙車が停止するのに必要な距離に相当する2.65メートル手前の地点において、衝突地点から22.30メートル離れた地点にいるはずのF車を直接視認することが可能であったこと、③乙車が時速15キロメートルで走行していた場合には、衝突地点から乙車が停止するのに必要な距離に相当する4.40メートル手前の地点において、衝突地点から26.24メートル離れた地点にいるはずのF車を直接視認することが可能であった。そして、判例上、信号機が黄色点滅と赤色点滅を示す交差点は、交通整理が行われていない交差点に当たると解されている。

（参照条文）

- 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

(過失運転致死傷)

第5条 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。

○ 道路交通法

(徐行すべき場所)

第42条 車両等は、道路標識等により徐行すべきことが指定されている道路の部分を通行する場合及び次に掲げるその他の場合においては、徐行しなければならない。

一 左右の見とおしがきかない交差点に入ろうとし、又は交差点内で左右の見とおしがきかない部分を通行しようとするとき（当該交差点において交通整理が行なわれている場合及び優先道路を通行している場合を除く。）。

(以下略)

【配点表】

		配点
第1	甲の罪責	
	甲が、乙に対し、「[Bは、] 気を失っただけだから。後は私が布団に寝かせて世話をするわ。」と言って、乙に殴打されて意識を失ったBを病院に連れて行かず、Bを死亡させた行為について——殺人罪（刑法（以下、省略する。）199条）の成否	
1	実行行為	
	(1) 不真正不作为犯の成立要件・規範の定立	3
	(2) 当てはめ	
	ア 作為義務 ① 甲は、Bの母であり、Bを監護すべき一般的な義務を負っている（民法820条）ことの指摘…目安1点 ② 甲は、乙に対し、「大丈夫よ。気を失っただけだから。後は私が布団に寝かせて世話をするわ。」と言って、Bを病院に連れて行かないようにしたことで、Bの生命の危険を引き受けたことが認められることの指摘…目安1点 ③ 甲の当該不作為が行われた場所は、乙らが住むアパートの一室であり、このような外部から遮断された場所では、外部の者によるBの救命は期待できないことから、甲の排他的支配が認められることの指摘…目安1点 ④ 作為義務の内容の確定…目安1点	4
	イ 作為の可能性・容易性	1
	ウ 作為義務違反が認められることの指摘	1
	エ 結論	1
2	Bの死亡という結果が発生したことの指摘	1
3	甲の当該不作為とBの死亡という結果との間の因果関係	
	(1) 介在事情が存在する場合の因果関係に関する規範の定立	3
	(2) 当てはめ ① 甲の当該不作為には、Bが乙による殴打から生じた脳機能障害により死に至る危険が内在していたことの指摘…目安1点 ② Bの死因は、本件事故による脳挫傷であり、甲の当該不作為にはその脳挫傷の危険は全く内在していなかったことの指摘…目安1点 ③ Bの死因を形成したのは、専ら本件事故という介在事情であって、その寄与度は極めて大きかったことの指摘…目安1点 ④ 本件事故は、偶然生じた単なる事故であり、甲の当該不作為によって誘発されたわけではないことの指摘…目安1点 ⑤ 本件事故は、F車が時速約70キロメートルものスピードで乙車に衝突してきたという点で、極めて異常であったことの指摘…目安1点 ⑥ 結論…目安1点	6
4	殺人の故意の認定	1
5	結論	1
★3で因果関係を否定した場合には、中止犯（43条ただし書）の成否について言及していること		
第2	丙の罪責	
	丙が、Eに対し、その顔面を肘で強打してその場に昏倒させ、E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、逃げ去った行為について——強盗致傷罪（240条前段）の成否	
1	丙が「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 ① 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…目安1点 ② 実際、丙の当該暴行により、E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…目安1点 ③ 結論…目安1点	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3	乙の罪責		
	1	乙が、Bの左頬を殴打し、さらに、Bの頭部右側を5回にわたり殴打した行為について、傷害罪(204条)が成立することの指摘	1
	2	乙が、乙に殴打されて意識を失ったBを病院に連れて行かず、Bを死亡させた行為について	
	(1)	不作為による殺人罪(199条)か保護責任者遺棄致死罪(219条、218条)か	
		ア 殺人罪と保護責任者遺棄致死罪は、殺意の有無で区別されることの指摘	1
		イ 乙は、Bが死ぬことはないだろうとっていて、殺意が認められないことの指摘	1
	(2)	保護責任者遺棄致死罪(219条、218条)の成否	
		ア Bが「病者」(218条)に当たることの指摘	1
		イ 「保護する責任のある者」	
	(ア)	判断基準の定立	1
	(イ)	当てはめ ① 乙は、Bの実親ではないから、Bを監護すべき法令上の義務を負っているわけではないことの指摘…目安1点 ② 乙は、甲及びBとの同居を始めた後、自身の収入を甲及びBとの生活費に充てるとともに、Bの育児にも協力していたことの指摘とその評価…目安1点 ③ Bが意識を失ったのは乙がBを殴打したことによるから、乙の先行行為が認められることの指摘…目安1点 ④ 乙の当該不作為が行われた場所は、乙らが住むアパートの一室であり、このような外部から遮断された場所では、外部の者によるBの救命は期待できないことや、甲にBを救命する意思がなく甲による救命も期待できなかったことから、乙の排他的支配が認められることの指摘…目安1点	4
	ウ	乙は、Bの「生存に必要な保護をしなかった」ことの指摘	1
	エ	乙の当該不作為とBの死亡という結果との間の因果関係	
	(ア)	規範は、第1の3(1)と同じであること	
	(イ)	当てはめ ① 乙の当該不作為には、乙による殴打から生じた脳機能障害によりBが死に至る危険が内在していたことの指摘…目安1点 ② Bの死因は、本件事故による脳挫傷であり、乙の当該不作為にはその脳挫傷の危険は全く内在していなかったことの指摘…目安1点 ③ Bの死因を形成したのは、専ら本件事故という介在事情であって、その寄与度は極めて大きかったことの指摘…目安1点 ④ 本件事故は、偶然生じた単なる事故であり、乙の当該不作為によって誘発されたわけではないし、本件事故は、F車が時速約70キロメートルものスピードで乙車に衝突してきたという点で、極めて異常であったことの指摘…目安1点	4

	オ	結論	1
【加点事項】 ※ 甲との共謀について肯定した上で、共犯がいかなる範囲で成立するかを論じている場合には、加点する			加点評価 A・B・C
3	乙が、丙がEに対し、その顔面を強打して昏倒させ、E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）の成否		
(1)	共謀共同正犯の成立要件		
	ア	規範の定立	3
	イ	当てはめ	
	(ア)	乙丙間には強盗罪の共謀が成立したことの指摘	1
	(イ)	正犯性 ① 乙は、丙が集金に来た本社社員を襲っている際に、丙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…目安1点 ② 乙は、奪った現金の3割も分け前として与えられることになっていたことの指摘…目安1点 ③ 乙が自身の金の欲しさから丙の計画に加わることを決意したことの指摘…目安1点 ④ ①～③から、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…目安1点	4
	(ウ)	乙丙間の共謀に基づき強盗が行われたことの指摘	1
(2)	共犯関係の解消		
	ア	規範の定立	3
	イ	当てはめ ① 乙が乙宅に帰ったのは、丙が強盗に着手する前であったことの指摘とその評価…目安1点 ② 乙は、丙との間で強盗の共謀をし、さらに、丙が強盗を実行した現場まで丙と同行していたから、丙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…目安1点 ③ 乙は、丙に対し、「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、丙の了承を得ていなかったことの指摘…目安1点 ④ 乙は、丙が乙丙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…目安1点 ⑤ 結論…目安1点	5
4	乙が、乙車を、時速約30ないし40キロメートルの速度で、何ら徐行することなく、左右の見通しが利かない交差点に進入させ、本件事故を起こし、Bを死亡させた行為について ——過失運転致死罪（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5条）の成否		
(1)	過失に関する規範の定立		
(2)	当てはめ		
	ア	予見可能性	1
	イ	結果回避義務 ① 乙の当該行為は、道路交通法42条1号所定の徐行義務に違反することの指摘…目安1点 ② 対面信号機が黄色灯火の点滅を表示している際に、交差道路から、一時停止も徐行もせず、時速約70キロメートルという高速で進入してくる車両があり得るとは、通常想定しがたいことの指摘…目安1点 ③ 夜間であったことから、進入してくる車両の速度を一瞬のうちに把握するのは困難であったことの指摘…目安1点	5

		④ 事例中の11の②又は③の場合のように、乙車が時速10ないし15キロメートルに減速して交差点内に進入していたとしても、F車との衝突を回避することができたと断定することができないことの指摘…目安1点 ⑤ 本件事故の結果回避可能性はなく、乙に結果回避義務を課することはできないことの指摘…目安1点	
		【加点事項】 ※ 過失の結果回避可能性・結果回避義務の内容についての論述から、過失犯に関する深い理解が伺われ、かつ、本問の事例の具体的な事情に対する深い洞察のある論述がされている場合には、加点する	加点評価 A・B・C
	5	罪数の処理	1
第4		丁の罪責	
		丁が、丙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いて——強盗致傷罪の幫助犯（62条1項、240条前段）の成否	
	1	不作為の幫助犯に関する規範の定立	2
	2	当てはめ ① 丁の業務についての指摘…目安1点 ② 丁は、売上金をD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…目安1点 ③ 丁は、丙から、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、丁に丙の犯行を防止すべき義務は認められないことの指摘…目安1点	3
		【加点事項】 ※ 丁の作為義務の存否につき、様々な事情を取り上げ、説得力のある論述をしている場合には、加点する	加点評価 A・B・C
	3	結論	1
第5		【その他加点事項】 ※ 上記【加点事項】以外でも、本問事案解決につき特記すべきものがある場合には、加点する	加点評価 A・B・C

基本配点分	合計	80点
加点評価点	合計	10点
基礎力評価点 (①事案解析能力, 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員力, ⑤文章表現力, 各2点)	合計	10点
総合得点	合計	100点

【論 点】

- 1 不作為犯の作為義務
- 2 因果関係
- 3 不作為による共犯
- 4 不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の区別
- 5 共同正犯の共同実行の意義
- 6 共犯関係の解消（着手前）
- 7 過失犯

【出題趣旨】

<総論>

本問は、因果関係、不作為犯、過失、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。

不作為犯及び過失については、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。

本問は、事例の全体を考慮して罪責を考えなければならない点で、難しく感じるかもしれないが、しっかりと学習してほしい。

<内容面について>

第1 甲の罪責

甲が、「気を失っただけだから。後は私が布団に寝かせて世話をするわ。」と言って、乙に殴打されて意識を失ったBを病院に連れて行かなかった行為について、不作為による殺人罪（刑法（以下、省略する。）199条）の成否を検討する。

しっかりと不作為の実行行為性についての説得力のある規範定立・理由付けをした後、当てはめもそれに対応するように事例中の具体的事実を豊富に用いて論述してほしい。因果関係についても、本問のメインとなる論点であるから、規範・当てはめのいずれについても、しっかりとした論述が必要となる。中止犯については、論述全体のバランスを考慮しつつ、ポイントを指摘した論述をすることが望まれる。

第2 丙の罪責

丙が、Eに対し、その顔面を肘で強打してその場に昏倒させ、E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は、本問全体の中では比重は高くはないが、過不足なく端的に論じる能力が試される。

第3 乙の罪責

- 1 乙が、Bの左頬を殴打し、さらに、Bの頭部右側を5回にわたり殴打した行為については、傷害罪（204条）が成立することが明らかであるから、忘れずに指摘してほしい。

2 乙が、乙に殴打されて意識を失ったBを病院に連れて行かなかった行為について

保護責任者遺棄致死罪（219条，218条）の成否について検討する際には、しっかりと条文の文言に事例中の具体的事実を当てはめる姿勢を見せる必要がある。具体的には、「病者」、「保護する責任のある者」、「生存に必要な保護をしなかった」に当たるかをしっかりと具体的事実を摘示しつつ論じる必要がある。

また、因果関係については、甲の罪責の検討と同様に、ここでも具体的事実を十分に摘示して論じる必要がある。

3 乙が、丙がEに対し、その顔面を強打して昏倒させ、E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。

4 乙が、乙車を、時速約30ないし40キロメートルの速度で、何ら徐行することなく、左右の見通しが利かない交差点に進入させた行為については、過失の理解が十分にできているかが問われている。自分の過失の理解をしっかりと論じつつ、当てはめを行う必要がある。

第4 丁の罪責

丁が、丙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。

<作成の経緯等>

今回は、不作為犯、過失という、受験生が苦手意識を持っていると思われる分野を中心に出题することで、これを機に苦手意識を取り除いてほしいという期待の下、問題を作成するに至った。司法試験においては、平成22年に不作為犯、過失犯を中心とした問題が出题されていることから、このような問題が今後も出题される可能性は高く、しっかりと学習しておく必要がある。不作為犯については、平成26年にも出题されていて、出题頻度は高い。

また、因果関係、共犯関係の解消、幫助犯という刑法総論の分野における理論をしっかりと理解しているか、及び、長い事例の下で適切な事実分析をして論理を組み立てることができるかという点も問いたいという意味で、本問を作成した。因果関係及び共犯関係は、司法試験において出题頻度が非常に高く、これを苦手とすることは、他の受験生との関係上、大きな痛手となる。それゆえ、これらを的確に論じることができなかった方は、しっかりと反省し、今後の学習に役立ててほしい。

【参考文献】

- ・山口 厚『基本判例に学ぶ刑法総論』（成文堂，2010）P.30～34, 134～9, 248～251
- ・佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣，2013）P.80～97, 388～392
- ・山口 厚『刑法総論』（有斐閣，第3版，2016）P.51～67, 74～95, 241～256, 315～9, 376～381

<判 例>

1 不作為犯

- ・札幌高判平12. 3. 16（判時17111-170, 刑百選I〔7版〕83事件）

2 不作為の幫助犯の法的作為義務

- ・東京高判平11. 1. 29（判時1683-153）

3 共犯関係の解消

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

4 過失犯

- ・最判平15. 1. 24（判時1806-157, 判タ1110-134, 刑百選I〔7版〕7事件）

【解 説】

◆ 論点① 不作為犯の作為義務 ◆

1 問題の所在

甲及び乙が、乙に殴打されて意識を失ったBを放置した行為について、甲は、不作為による殺人罪（刑法（以下、省略する。）199条）における作為義務を負っていたといえるか、また、乙は、保護責任者遺棄致死罪（219条、218条）における「保護する責任のある者」に当たるか。さらに、丁が、丙ら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 従来の通説

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。

※ 近時、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、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恐怖にさらされていたこと、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すら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つたが、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療力を高めるといふ『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を被告人の下に運び出すと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】

本決定の調査官解説（藤井敏明・法曹時報59巻2号P.403）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。

□ 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】

「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関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の事件のごとき犯行を阻止すべき義務があったということとはできない。

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

(1) 甲及び乙について

まず、甲は、Bの母であり、Bを監護すべき一般的な義務を負っている（民法820条）。また、甲は、乙に対し、「大丈夫よ。気を失っただけだから。後は私が布団に寝かせて世話をするわ。」と言って、Bを病院に連れて行かないようにしたことで、この時点で、意識不明になっているBの生命の危険を引き受けたといえる。さらに、甲の当該不作為が行われた場所は、乙らが住むアパートの一室であり、このような外部から遮断された場所では、外部の者によるBの救命は期待できないことから、甲は、Bが乙の殴打により生じた脳機能障害により死亡に至る因果の流れを排他的に支配していたといえる。以上のことから、甲は、意識を失ったBを病院に連れて行き、Bの救命を求める義務を負っていたというべきである。

次に、乙について検討する。確かに、乙は、Bの実親ではないから、Bを監護すべき法令上の義務を何ら負っているわけではない。しかし、乙は、甲及びBとの同居を始めた後、自身の収入を甲及びBとの生活費に充てるとともに、Bの育児にも協力していた。このように、乙がいったんBの生活及び育児を引き受けた以上、乙には、最低限度のこととして、Bの生命に危険が生じた場合には、その危険を除去するために、何らかの作為を法的に要求することはできる。さらに、そもそも、Bが意識を失ったのは、乙がBを殴打したことによるから、乙の先行行為が認められる。加えて、乙の当該不作為が行われた場所は、乙らが住むアパートの一室であり、このような外部から遮断された場所では、外部の者によるBの救命は期待できないことや、甲にBを救命する意思がなく、甲による救命も期待できなかったことから、乙は、Bが乙の殴打により生じた脳機能障害により死亡に至る因果の流れを排他的に支配していたといえる。以上のことから、乙は、Bを病院に連れて行き、Bに適切な治療を受けさせる義務を負っていたといえるので、「保護する責任のある者」に当たるといえるべきである。

(2) 丁について

丁は、D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、丁は、丙から、集金に来た本社社員からD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、丁に丙の犯行を防止すべき義務は認められない。よって、丁の当該不作為に強盗致傷罪の幫助犯は成立せず、丁は、何ら罪責を負わない。

◆ 論点② 因果関係 ◆

1 問題の所在

因果関係とは、実行行為と構成要件の結果との間にある一定の原因と結果の関係をいう。結果犯においては、実行行為が存在し、構成要件の結果に当たる事実が認められても、それだけでは既遂にならない。既遂となるためには、その実行行為と構成要件の結果とを結び付ける因果関係が認められなければならない。

本件では、甲が乙に殴打されて意識を失ったBを病院に連れて行かなかった不作為とBの死亡との間に、本件事故という介在事情が存在する。そこで、甲の当該不作為とBの死亡という結果との間に因果関係が認められるかが問題となる。

2 従来の学説

(1) 一般的基準

A 条件説

その行為がなかったならばその結果は発生しなかったであろうという条件関係が存在する限り、刑法上の因果関係が認められる。

(理由)

事後的に見れば、条件関係が認められる限り、実行行為と結果は必然的關係に立つから、結果を実行行為に帰属させても不当であるとはいえない。

B 相当因果関係説

一般人の社会生活上の経験に照らして、通常、その行為からその結果が発生することが相当と認められる場合に、刑法上の因果関係を認める。

(理由)

① 刑法における因果関係は、構成要件の1つの要素として構成要件該当性の判断の対象となるから、自然的因果関係としての条件関係が認められるだけでは足りず、いかなる結果につき刑罰的評価を加えて処罰するのが適切であるかという見地から、これに絞りをかけなければならない。

② 構成要件は、当罰的行為を社会通念に基づいて類型化したものであるから、条件関係が認められる結果のうち、行為者に帰属させるのが社会通念上相当であると認められる結果だけを選び出し、このような結果についてのみ、行為者に帰属させ、責任を問うのが妥当である。

* 相当因果関係説は、行為時に一般人を基準に相当性を判断するという点では共通するが、その相当性の有無を判断する基礎（判断基底）としていかなる事情を考慮すべきかについては、以下のように見解が分かれる。

B 1 主観説

行為者が行為の当時に認識・予見した事情及び認識・予見することができた事情を判断の基礎とする。

B 2 客観説

行為当時に客観的に存在したすべての事情、及び行為後に生じた事情のうち一般人にとって予見可能であった事情を判断の基礎とする。

(理由)

因果関係論を客観的な帰責の問題と考える以上は、行為者の主観を排除し、現に生じた結果を客観的な実行行為に帰責し得るかを客観的に考察すべきである。

B 3 折衷説

行為時に一般人が認識・予見することができた事情と行為者が特に認識・予見していた事情を判断の基礎とする。

(理由)

因果関係は構成要件要素であり、構成要件を違法・責任の類型と解する立場からは、因果関係の存否を定めるに当たっては、責任を類型化したという点から、主観面を考慮すべきである。

＊＊ 以上の見解のほかに、因果関係の問題と帰属（帰責）の問題を区別する客観的帰属論（客観的帰責論）と呼ばれる立場がある。この立場は、因果関係の問題は条件説によって判断し、帰属（帰責）の問題は客観的帰属論によって考えようとする。そして、この立場は、行為者の行為が行為の客体に危険を創出し、その危険が具体的な結果に実現した場合（危険の実現）にのみ、惹起された結果は当該行為に帰属されるとする。この立場は、実質的には相当因果関係の判断と重なってくると指摘されている。

(2) 行為後に介在事情が存在する場合

A 条件説 ((1)A説を参照)

* 条件説を採る場合、因果の過程に他人の行為が介入した場合などには、条件関係の連鎖が無限に続き、因果関係が極めて広範囲に認められる可能性を否定できない。

もっとも、条件説の支持者の中には、このような不合理を解消するため、因果関係の中断という概念を用いて、因果関係に関して法的な絞りをかける立場がある。すなわち、因果経過の進行中に予期できない異常な第三者の行為や事実等が介入した場合、実行行為と結果の間の因果関係は中断し、結果を当該行為に帰属させないとする。

しかし、この因果関係の中断は、条件説を基礎としながら、条件関係が認められる場合に因果関係を否定するので、自己矛盾に陥っていると批判されている。

B 相当因果関係説 ((1)B説を参照)

C 事後的な相当性判断による見解（前田説）

(i) 実行行為が有する危険性（結果発生力）の大小（広義の相当性）、(ii) 介在事情の異常性（及び実行行為との結び付き）の大小、(iii) 介在事情の結果への寄与の大小を総合して判断する。

(理由)

- ① 相当性を、行為に結果発生危険性がうかがわれること（広義の相当性）と、行為の持つ危険性が具体的な因果経過を通じて結果を発生させるに至ったと見られること（狭義の相当性）とに区別する見地から、因果関係の判断においては、広義の相当性と狭義の相当性を併せて考える。そして、行為時に存在した事情のみを考慮すれば足りる事例においては、広義の相当性だけを問題にすれば足りるが、行為後に他の事情が介入して因果の流れに影響を及ぼした事例においては、狭義の相当性をも判断することが不可欠である。
- ② 行為後に予想外の事情が介入して結果が発生した場合に、単に「現に生じた因果経過がどれだけ突飛だったのか」だけでは結果の帰責関係を判別できないから、通常考えられているように「介入事情が行為時に予測可能であったか」のみで判断すべきではない。

* 以上の見解のほか、因果関係の問題と帰属（帰責）の問題を区別する客観的帰属論（客観的帰責論）と呼ばれる立場があることについては、上記(1)の**を参照すること。

3 判例

因果関係の存否の判断基準について、判例は、「行為の危険性が結果へと実現化したか」（危険の現実化）を基準としていると解する説が一般的となっている。

そして、その判断基準について、山口厚『刑法総論』（有斐閣，第3版，2016）P.60は、「判例の立場は明らかである。すなわち、①実行行為の危険性は、行為時に存在した事情を基礎に客観的に判断されること、②因果経過の経験的通常性には独自の意味はなく、それが認められなくても、行為の危険性の結果への現実化が肯定されうること、言い換えれば、危険性の現実化が判断基準であり、介入事情の経験的通常性は、その判断に意味を持ちうるにすぎないということである。」と述べている。

□ 最決平16. 2. 17（刑集58-2-169）

〔事案の概要〕

被告人は、ほか数名と共謀の上、被害者に対し、その頭部をビール瓶で殴打したり、足蹴にしたりするなどの暴行を加えた上、共犯者の1名が底の割れたビール瓶で被害者の後頸部等を突き刺すなどし、同人に左後頸部刺創による左後頸部血管損傷等の傷害を負わせた。被害者の負った左後頸部刺創は、頸椎左後方に達し、深頸静脈、外椎骨静脈沿叢などを損傷し、多量の出血を来すものであったが、被害者は、直ちに病院に赴いて緊急手術を受け、いったんは容体が安定し、担当医は、加療期間について、良好に経過すれば、約3週間との見通しを持った。しかし、その日のうちに、被害者の容体が急変し、被害者は、上記事件の5日後に上記傷害に由来する脳機能障害により死亡した。被告人は、原審公判廷において、上記容体急変の直前、被害者が無断退院しようとして、体から治療用の管を抜くなどして暴れ、それが原因で被害者の容体が悪化したと聞いている旨述べた。確かに、被害者が医師の指示に従わずに安静に努めなかったことが治療の効果を減殺した可能性があることは、記録上否定することができなかった。

〔決定要旨〕

「以上のような事実関係等によれば、被告人らの行為により被害者の受けた前記の傷害は、それ自体死亡の結果をもたらし得る身体の損傷であって、仮に被害者の死亡の結果発生までの

間に、上記のように被害者が医師の指示に従わず安静に努めなかったために治療の効果が上がらなかったという事情が介在していたとしても、被告人らの暴行による傷害と被害者の死亡との間には因果関係があるというべきであり、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。」

※ 平成16年最高裁決定の調査官解説（前田巖・最高裁判所判例解説刑事篇（平成16年度）P. 143）は、「近時の判例の立場は、生じた結果が被告人の行為による危険の現実化したものと評価できるかどうかによって、因果関係の有無が判断されていると考えられる。」と述べている。そして、同解説（同 P. 144以下）は、あくまで「ラフ・スケッチであること」を前置きした上で、被害者又は第三者の行為が介在した場合における「危険の現実化」について、以下のような具体的な判断枠組みを挙げている。

① 「介在する被害者、第三者の行為によっても、もともと被告人の行為によって生じていた結果発生危険を上回るだけの新たな結果発生への危険性が生じない限りは、生じた結果は、被告人の行為による危険が現実化したものと評価できるから、当然に被告人の行為と結果との間の因果関係が肯定される。」

例：柔道整復師事件（最決昭63. 5. 11刑集42-5-807）、大阪南港事件（最決平2. 11. 20刑集44-8-837、刑百選I〔7版〕10事件）、夜間潜水事件（最決平4. 12. 17刑集46-9-683、刑百選I〔7版〕12事件）など。なお高速道路上で被害者の自動車を停止させたところ、後続車の追突事故が発生した事件（最決平16. 10. 19刑集58-7-645）、トランク監禁事件（最決平18. 3. 27刑集60-3-382、刑百選I〔7版〕11事件）もこの類型に挙げられている。

② 「介在する被害者、第三者の行為が、被告人の行為により生じかつ現存する危険を上回り、結果を発生させるだけの危険を新たに生じさせた場合でも、それが被告人の行為によって誘発されたなど、被告人の行為の影響下にある場合には、やはり、生じた結果は、被告人の行為による危険が現実化したものと評価できるから、被告人の行為と結果との間の因果関係が肯定される。」

例：高速道路進入事件（最決平15. 7. 16刑集57-7-950、刑百選I〔7版〕13事件）など

③ 「これに対し、介在する被害者、第三者の行為が、被告人の行為により生じかつ現存する危険を上回り、結果を発生させるだけの危険を新たに生じさせた場合で、かつ、それが被告人の行為と独立したものであるときには、因果関係が否定される場合があり得る。しかし、その場合においても、具体的な結果発生の中に、当初の行為の影響力がなお競合して寄与していると思われる限り、それが間接的、劣後的なものであるというだけでは、因果関係が否定されることにはならない。」

※ ③について、「因果関係が否定される余地があるのは、具体的な結果発生の中に、当初の行為の影響力が、事実的な側面はもとより、規範的評価の面からしても、因果関係を否定するに足りるほど軽微なものを見ることができるという場合に限られよう」と指摘されている。

4 大塚裕史教授の分析

大塚裕史教授は、危険の現実化説の判断方法として、以下のように判例の立場を分析する。

(1) 行為後に介在事情が存在しない場合

「たとえ行為時に特殊事情が存在したとしても、行為の有する危険がそのまま結果に実現したとして危険の現実化を肯定する。…危険の現実化は客観的に存在する全ての事情を判断資料に取り込むので、実行行為の危険の中には、行為時に存在する被害者の素因（特異体質や隠れた病変）を前提とした危険が含まれ、それが実現化したといえるからである。」（下記・基本刑法 I P. 78）

その上で例として、老女布団蒸し事件（最判昭46.6.17刑集25-4-567, 刑百選 I〔7版〕8事件）が挙げられる。

(2) 行為後に介在事情が存在する場合

「危険の現実化の有無の判断にあたっては、まずは介在事情の結果への寄与度の大小を検討しなければならない。寄与度が小さければ直接的危険実現類型、寄与度が大きければ間接的危険実現類型であると予測し、それぞれの類型に応じて危険の現実化の有無を検討しなければならない。」（下記・法学セミナー730号P.111）

① 直接的危険実現類型

「介在事情の結果への寄与度が小さい場合には危険の現実化を肯定する。介在事情の結果への寄与度が小さい場合には、介在事情が危険の現実化を妨げる事情にならないので、行為がもっている危険が直接結果に実現したといえるからである。」（下記・基本刑法 I P. 78）

その上で例として、大阪南港事件（最決平2.11.20刑集44-8-837, 刑百選 I〔7版〕10事件）、患者抜管事件（最決平16.2.17刑集58-2-169）が挙げられる。

② 間接的危険実現類型

「介在事情の結果への寄与度が大きい場合は、原則として危険の現実化は否定される。しかし、例外として介在事情の結果への寄与度が大きいにもかかわらず危険の現実化が認められる場合もある。それは、実行行為と介在事情との間に一定の関連性が認められ、介在事情を経由して結果を発生させる危険が実行行為の中に含まれており、そのような行為の危険が結果に現実化したといえる場合である。」（下記・基本刑法 I P. 78）

その上で例として、高速道路進入事件（最決平15.7.16刑集57-7-950, 刑百選 I〔7版〕13事件）、柔道整復師事件（最決昭63.5.11刑集42-5-807）、夜間潜水事件（最決平4.12.17刑集46-9-683, 刑百選 I〔7版〕12事件）、高速道路追突事件（最決平16.10.19刑集58-7-645）、トランク監禁致死事件（最決平18.3.27刑集60-3-382, 刑百選 I〔7版〕11事件）が挙げられる。

(参考文献)

- ・大塚裕史ほか『基本刑法 I 総論』（日本評論社、第2版、2016）P.56～78（大塚執筆）
- ・同「応用刑法 I 一総論〔第1講〕法的因果関係(1)―相当因果関係説の危機」法学セミナー729号P.74～81
- ・同「応用刑法 I 一総論〔第2講〕法的因果関係(2)―危険の現実化説の判断構造」法学セミナー730号P.110～117

5 本問の事案に即した具体的検討

因果関係に関する学説は多岐にわたるが、以下では、判例が採用しているといわれる「危険の現実化」の立場からの具体的検討を掲載する。

甲が乙に殴打されて意識を失ったBを病院に連れて行かなかったという不作為には、Bが乙による殴打から生じた脳機能障害により死に至る危険が内在していた。しかし、Bの死因は、本件事故による脳挫傷であり、甲の上記不作為にはその脳挫傷の危険は全く内在していなかった。Bの死因を形成したのは、専ら本件事故という介在事情であって、その寄与度は極めて大きかった。しかも、本件事故は、偶然生じた単なる事故であり、甲の上記不作為によって誘発されたわけではないし、F車が時速約70キロメートルものスピードで乙車に衝突してきたという点で、極めて異常であった。そうすると、Bの死亡は、甲の上記不作為とは全く独立した介在事情によって新たに形成された危険によるのであって、甲の上記不作為に内在していた危険が現実化したわけではない。

本問では、おおむね以上のような事情を指摘する必要があると思われる。これらの事情を総合的に考慮した結果、因果関係を肯定するのか否定するのかについては、どちらの結論もあり得よう。

◆ 論点③ 不作為による共犯 ◆

1 問題の所在

甲は、乙に殴打されて意識を失ったBの様子を確かめ、このままでは死んでしまうと思いながら、Bを病院に連れて行かないようにした。そこで、このような場合に、甲に不作為による共同正犯（60条）又は幫助犯（62条1項）等の共犯が成立するかが問題となる。また、これは、甲が作為義務を有するか有しないかで結論が変わるかも問題となる。

2 学説

(1) 不作為による共同「正犯」と不作為による「共犯」の区別に関する基準

A 義務二分論

法益保護義務違反が不作為による正犯を、犯罪阻止義務違反が不作為による共犯を基礎付ける。

(批判)

結果の発生を阻止する義務という意味では、法益保護義務と犯罪阻止義務とに相違はない。

B 同時正犯説

片面的共犯否定説及び義務犯論を根拠として、作為義務を有する者の不作為による関与は、同時正犯となる。

(批判)

共謀があれば幫助犯であり得るのに、共謀がないと正犯に格上げされるのはおかしい。義務犯論自体がおかしい。

C 原則幫助犯説

作為正犯が、結果と直接的因果関係があり、強い原因力を持つものに対して、不作為による関与は、作為正犯を介して結果と間接的関係があるにすぎず、原因力も弱く、作為正犯の実行を容易にしたにすぎないから、原則として幫助である。

(批判)

どのような場合が例外として、正犯となるのかが明らかでない。

D 因果関係の質的差異に着目する説

不作為者が作為に出れば、「確実に」結果を回避できた場合には正犯とし、結果の発生を「困難にした可能性」がある場合は幫助とする。

(2) 共同正犯における作為義務の要否

A 共犯者各自が作為義務を有する場合に限る説

不作為の共同正犯は、作為義務を有する二人以上の者が、共同実行の意思をもってその義務に違反する共同の不作為を行い、その犯罪を実現したときには、共同正犯の成立を認めることができる。例えば、父母が意思を連絡してえい児に授乳を怠り、えい児を餓死させた場合には、不作為による殺人罪の共同正犯が成立する。

作為義務のない者が作為義務を有する者の不作為に関与する場合には、従犯と解すべきであ

る。

B 作為義務を有していなくても不作為による共同正犯を認める説

65条1項を根拠として、作為義務のない者も、作為義務者と共同して作為義務違反の不作為を実現することは可能である。

(批判)

作為義務の有無の判断は、当該不作為が構成要件該当性を有するか否かの問題であり、特別の身分犯を構成するものではない。作為犯において、「実行行為を行う」という身分を問題にしないのと同様に、作為義務があるという身分を考えるべきではない。

3 裁判例

□ 東京高判平20. 10. 6 (判タ1309-292)

〔事案の概要〕

YとA、Bらは、XがVに性的関係を迫られたという話を聞き、Vに腹を立て、XにVを駐車場に呼び出させ、Vを問い詰めたが、Vは、Xを強姦したとは認めず、他方、Xは、Vに強姦されたなどと繰り返した。これにより、Vは、突然逃げ出したものの、Aらは、一層怒りを募らせ、Vを探し出して駐車場まで連行し、Vに対して凄惨な暴行を加え、意識を失ったVを池に落として殺害した。

〔判旨〕

「被告人兩名〔注：X及びYのこと。〕自身は、各犯行の実行行為を何ら行っておらず、その一部の分担すらしていない。そこで、被告人兩名に刑事責任を負わせるには、共謀に加わっていたことが必要であり、原判決もその共謀の内容を具体的に判示したのであるが、故意の内容となる犯行への認識・認容に加えて主観的な要素としての共謀の認定は必ずしも内実のあるものにはなっていない。…本件のように、現場に同行し、実行行為を行わなかった者について共同正犯としての責任を追及するには、その者について不作為犯が成立するか否かを検討し、その成立が認められる場合には、他の作為犯との意思の連絡による共同正犯の成立を認めるほうが、事案にふさわしい場合があるというべきである。この場合の意思の連絡を現場共謀と呼ぶことは実務上一向に構わないが、その実質は、意思の連絡で足り、共謀者による支配型や対等関与型を根拠付けるようなある意味で内容の濃い共謀は必要でないというべきである。その代わり、不作為犯といえるためには、不作為によって犯行を実現したといえなければならず、その点で作為義務があったかどうか重要となるし、不作為犯構成により犯罪の成立を限定するほうが、共謀内容をいわば薄める手法よりもより適切であるといえる。このような新たな観点から、本件を見直すと、原判決があまり重視しているとはいえない被告人Xの当初の言動、すなわち、Vを呼び出した時の状況等が重要となる。すなわち、本件は、被告人XがVに『やられはぐった』と被告人Yに話したことを端緒とし、嘘の口実を設けてVを呼び出したことに始まる。被告人Xは、上記の話を聞き付けたAやBが憤激し、実際には被告人Xは強姦などされていなかったのに、そう誤解したAが『1回ぶっとばされないと分からないのかな』などと言い、Bが執拗にVの呼び出しを迫るなどしている姿を見、また、被告人Xとかつて交際していたAがVを快く思っていなかったことを知っており、Vに会う相手のなかにAも入っていたことからすると、少なくともAにおいて、場合によってはVに暴力を振るう可能性があること

を十分認識していたといえる。被告人Xは、かかる認識を有しながら呼び出し行為に及んでいるものであって、これは身体に危険の及ぶ可能性のある場所にVを誘い入れたものといえる。そして、Vに会う相手であるA、B、被告人Yのいずれもが、呼び出す前の段階でVに対して怒りを持っていたことを考えると、危険が生じた際にVを救うことのできる者は被告人Xのほかにはいなかったといえる。この点につき、所論（被告人X）は、呼び出しはBに逆らえずにやむなく承諾したものであるし、呼び出したのは話し合いをするためであるなどというが、仮にそうだとすると、Vが暴力を受ける危険性はやはり否定しきれないから、Vの身体に対する危険を作り出したことに変わりはないといえる。…被告人Xが最年少であるという立場を考慮に入れても、『お前がやられたって言ったから俺ら動いたんだよ』というAの発言にみられるように、共犯者らは、仲間である被告人XのためにVに怒りを発していたといえるから、本当は強姦などされていないという事実を説明すべきであったのである。Vの逃走によって、Aらの怒りがさらに増幅されたのであるから、なお一層、被告人Xは本当のところを言うべきであったといえる。Aらの怒りの理由は、被告人Xが強姦されたというからであって、だからこそ、Vを呼びつけて被告人Xに謝らせるという大義名分があったのである。Aの前記発言は、このことを如実に示している。その事実がなければ、Aらですら、Vに本件のような執拗・残虐な暴行を加えた上、殺害するまでの動機も理由もなく、そうはしなかったはずであろう。…しかも、被告人Xが実はこうですと言えない理由は全くない。そういうことが恐ろしかったとしても、一番肝心なことなのだから、意を決して、本件一連の暴行等のいかなる段階でも言うべきであったのである。」

「以上の次第で、被告人両名には、本件各犯行について不作為犯としての共同正犯が成立する。」

□ 札幌高判平12. 3. 16（判時17111-170、刑百選I〔7版〕83事件、本問の素材裁判例）

〔判旨〕

- 1 不作為による幫助犯は、正犯者の犯罪を防止しなければならない作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能であるのに、そのことを認識しながら、右一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の実行を容易にした場合に成立し、以上が作為による幫助犯の場合と同視できることが必要と解される。
- 2 被告人は、平成8年3月下旬以降、約1年8か月にわたり、Aとの内縁ないし婚姻関係を継続し、Aの短気な性格や暴力的な行動傾向を熟知しながら、Aとの同棲期間中常にDらを連れ、Aの下に置いていたことに加え、被告人は、わずか3歳6か月のDの唯一の親権者であったこと、Dは栄養状態が悪く、極度のるい瘦状態にあったこと、Aが、甲野マンションに入居して以降、CやDに対して毎日のように激しいせっかんとを繰り返し、被告人もこれを知っていたこと、被告人は、本件せっかんの直前、Aが、Cにおもちゃを散らかしたのは誰かと尋ね、Cが、Dが散らかした旨答えたのを聞き、更にAが寝室でDを大きな声で問い詰めるのを聞いて、AがDにせっかんとを加えようとしているのを認識したこと、Aが本件せっかんに及ぼうとした際、室内には、AとDのほかには、4歳8か月のC、生後10か月のF子及び被告人しかおらず、DがAから暴行を受けることを阻止し得る者は被告人以外存在しなかったことにかんがみると、Dの生命・身体の安全の確保は、被告人のみに依存していた状態にあり、かつ、被告人は、Dの生命・身体の安全が害される危

険な状況を認識していたというべきであるから、被告人には、AがDに対して暴行に及ぶことを阻止しなければならない作為義務があったというべきである。

ところで、原判決は、被告人は、甲野マンションで、Aから強度の暴行を受けるようになって以降、子供達を連れてAの下から逃げ出したいと考えていたものの、逃げ出そうとしてAに見付き、酷い暴行を受けることを恐れ、逃げ出せずにいたことを考えると、その作為義務の程度は極めて強度とまではいえない旨判示しているが、…右判示はその前提を欠き、被告人の作為義務を基礎付ける前記諸事実にかんがみると、右作為義務の程度は極めて強度であったというべきである。

- 3 …被告人には、一定の作為によってAのDに対する暴行を阻止することが可能であったところ、関係証拠に照らすと、被告人は、本件せっかんの直前、AとCとのやりとりを聞き、更にAが寝室でDを大きな声で問い詰めるのを聞いて、AがDにせっかんを加えようとしているのを認識していた上、自分がAを監視したり制止したりすれば、Aの暴行を阻止することができたことを認識しながら、…いずれの作為にも出なかったものと認められるから、被告人は、右可能性を認識しながら、前記一定の作為をしなかったものというべきである。
- 4 関係証拠に照らすと、被告人の右不作為の結果、被告人の制止ないし監視行為があった場合に比べて、AのDに対する暴行が容易になったことは疑いがないところ、被告人は、そのことを認識しつつ、当時なおAに愛情を抱いており、Aへの肉体的執着もあり、かつ、Aとの間の第二子を懐妊していることもあって、Dらの母親であるという立場よりもAとの内縁関係を優先させ、AのDに対する暴行に目をつぶり、あえてそのことを認容していたものと認められるから、被告人は、右不作為によってAの暴行を容易にしたものというべきである。
- 5 以上によれば、被告人の行為は、不作為による幫助犯の成立要件に該当し、被告人の作為義務の程度が極めて強度であり、比較的容易なものを含む前記一定の作為によってAのDに対する暴行を阻止することが可能であったことにかんがみると、被告人の行為は、作為による幫助犯の場合と同視できるものというべきである。」

4 本問の事案に即した具体的検討

まず、甲に不作為による共同正犯と幫助犯のいずれが成立するかを検討する。因果関係の質的差異に着目する見解によると、甲がBを病院に連れて行くなど作為に出れば確実に救命できる状態にあったため、正犯として検討すべきである。

次に、論点①4(1)で検討したように、甲・乙とも作為義務が肯定されることから、甲と乙には不作為による共同正犯が成立することになる。

◆ 論点④ 不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の区別 ◆

1 問題の所在

甲と乙は、乙に殴打されて意識を失ったBを病院に連れて行かずに放置した。もっとも、甲は、Bを病院に連れて行かなければBの命が危ないと思っていたから、甲にはBが死ぬことの認識・予見があったといえるが、乙は、Bが死ぬことはないだろうと思っていたから、乙にはそのような認識・予見はなかったといえる。そこで、甲及び乙のそれぞれについて、不作為による殺人罪（199条）と保護責任者遺棄致死罪（219条、218条）のいずれの成否を検討すべきか。両罪を区別する基準が問題となる。

2 学説

A 殺意の有無により区別する見解（判例）

（理由）

不作為による殺人が認められるためには、先行行為や、道路交通法上の義務があるだけでは十分ではなく、事故後の救助を事実上引き受け、かつ、被害者を自己の排他的支配領域内に置いたことが、保障人的地位を肯定する上で決定的だとされている。

生命に対する侵害犯である殺人罪を基礎付ける作為義務違反と、生命に対する危険犯である保護責任者遺棄罪を基礎付ける作為義務違反とを区別することには大きな困難が伴う。生命保護のための刑法上の作為義務を肯定できる事案であれば、殺意がある以上、殺人罪の成立を認めることは不可能ではない。

B 殺人罪の実行行為性又は作為義務が認められるかにより区別する見解（実際には生命に対する危険の程度を基準としているといわれる。）

（理由）

結果としての危険に着目し、構成要件実現の切迫性として危険をとらえれば、遺棄罪を生命に対する危険犯と解しても、「死亡へと直結し得る具体的な危険」は生じていないが、比較的軽度の危険は生じているという段階が考えられ、その段階では保護責任者遺棄罪の成立が可能である。

（批判）

実行行為の危険性に着目し、構成要件実現の自動性・確実性として危険をとらえれば、不作為の処罰が問題となる場合には、行為者の側にこれを排除する事情は通常考えられず、不作為の時点で生命侵害への自動性・確実性は容易に肯定される。

3 判例

□ 最判昭34. 7. 24（刑集13-8-1163）

〔事案の概要〕

被告人は、自動車の操縦中に、過失によって、通行人に同自動車を接触させて同人を路上に転倒させ、これによって、同人に入院加療を要する重傷を負わせ、歩行不能に至らせた。その後、被告人は、同人を同自動車に乗せて事故現場を離れ、降雪中の薄暗い車道上まで運び、医者を呼んでくると言いつつ、同人を同自動車から降ろし、同所に放置したまま、立ち去った。

〔判 旨〕

「車馬等の交通に因り人の殺傷があつた場合には、当該車馬等の操縦者は、直ちに被害者の救護その他必要な措置を講ずる義務があり、これらの措置を終り且つ警察官の指示を受けてからでなければ車馬等の操縦を継続し又は現場を立去ることを許されないのであるから（道路交通取締法24条、同法施行令67条）、本件の如く自動車の操縦中過失に因り通行人に自動車を接触させて同人を路上に顛倒せしめ、約3箇月の入院加療を要する顔面打撲擦傷及び左下腿開放性骨折の重傷を負わせ歩行不能に至らしめたときは、かかる自動車操縦者は法令により『病者ヲ保護ス可キ責任アル者』に該当するものというべく、原審が本件につき刑法218条をも適用処断したことはまことに正当であり、且つこの点についての原判示はむしろ論旨引用の判例と同趣旨のものであつて論旨はすべて理由がない。」

「そして刑法218条にいう遺棄には単なる置去りをも包含すと解すべく、本件の如く、自動車の操縦者が過失に因り通行人に前示のような歩行不能の重傷を負わしめながら道路交通取締法、同法施行令に定むる救護その他必要な措置を講ずることなく、被害者を自動車に乗せて事故現場を離れ、折柄降雪中の薄暗い車道上まで運び、医者を呼んで来てやる旨申欺いて被害者を自動車から下ろし、同人を同所に放置したまま自動車の操縦を継続して同所を立去つたときは、正に『病者ヲ遺棄シタルトキ』に該当するものというべく、原判決には所論の如く法令の解釈を誤つた違法はない。」

□ 東京高判昭46. 3. 4（判タ265-220）

〔事案の概要〕

被告人は、自身が運転する軽乗用自動車を被害者に衝突させて同被害者に重傷を負わせ、同被害者を自車に乗せて、朝まで人の通行を期待できない場所に運び、その場に下ろしたまま放置して救護の措置を取らなかったため、同被害者が死亡した。

〔判 旨〕

「本件衝突事故による被害者の受傷程度は、受傷の2時間余りに診断に当つた医師をして加療10ヶ月を予想させた左大腿骨複雑骨折、頭部外傷、右下腿打撲傷等の重傷であり、被害者が放棄された日時は昭和45年1月11日午後11時30分頃の深夜で、当夜の気温は熊谷地方気象台の記録によれば、12日午前0時に2.6度、同3時に0.8度、同6時に0.2度を示し、その場所は旧中仙道より約1,000メートル横道にそれた陸田の端で、少くも朝まで人の通行を期待し得ない地点である。これらの厳しい条件下に放棄された被害者は衝突事故により道路の側溝内に転倒したため、背広服上下着用の左半身が濡れていたうえ、意識を失つて自ら救助を求める手段を断られた状態にあつたことを思えば、衝突による身体内部の傷害状況を詳細に知り得ない者にとつても、被害者死亡の懸念を懐くことが常識であり、被告人が、被害者が死亡するかも知れないと認識したものと認められる。況や傷害の実情は、U医師の証言によれば、左大腿の複雑骨折に伴う広範に亘る多量の内出血による全身衰弱、受傷によるショックのため翌朝まで前示の如き状況下に放置された場合、殆ど生存を期待し難い状態にあつたのである。被害者死亡の可能性はなかつたという所論は根拠のない独自の見解で採るに足りない。」

所論は、被告人の被害者に対する未必の殺意を否定する理由として、被害者の傷害が当初全治10ヶ月の見込が現実には入院加療6ヶ月であつたこと、被害者が放置された後2時間余で

容易に発見されたこと、放置された場所から2, 30メートルの近くに人家のあったこと、被告人が翌朝8時過頃には警察署に犯行を報告したこと等を挙げ、これらを考え合せると被告人に被害者を『殺そうとした』意識があつたものとするとはできないと論ずるのであるが、原判決は判文上明らかなとおり、被告人に被害者を『殺そうとした』意識があつたと認定しているのではない。被害者が死んでしまうかも知れないと認識したが、衝突事故の発覚を免れるためには、それも已むを得ないと考えたと認定し、被告人がそのとおり自供していても、その具体的状況を離れては、必ずしも殺人罪の構成要件の予想する違法類型に当たるとはいい難いが、前示の如き本件の具体的状況においては違法類型に当たる未必の故意に基づく殺人未遂を認定し得るとしているのであつて、正当である。所論の挙げる諸点は、いずれも先に認定の被告人の未必の故意を否定する理由にはなり得ない。所論は理由がない。」

4 本問の事案に即した具体的検討

通説・判例の立場に立つと、不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪は、殺意の有無によって区別される。

甲は、Bを病院に連れて行かなければBの命が危ないと思いながら、Bを放置した。そうすると、甲には、Bが死ぬことの認識・予見があつたといえるので、殺意が認められる。したがって、甲については、不作為による殺人罪の成否が問題となる。

他方、乙は、Bが死ぬことはないだろうと思って、Bを放置した。そうすると、乙には、Bが死ぬことの認識・予見がなかつたといえるので、殺意が認められない。したがって、乙については、保護責任者遺棄致死罪の成否が問題となるにとどまる。

◆ 論点⑤ 共同正犯の共同実行の意義 ◆

1 問題の所在

甲は、不作為による殺人罪（199条）を実行し、乙は、保護責任者遺棄致死罪（219条、218条）を実行したと解した場合を考える。このように、二人以上の者がそれぞれ異なる犯罪を実行した場合に、いかなる範囲で共同正犯（60条）が成立するかが問題となる。

2 学説

A 犯罪共同説

二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 （客観主義犯罪論〔構成要件論〕の立場から）構成要件の定型性を強調する。
- 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。

A 1 完全犯罪共同説

A 1-1 説

1個の、しかも同一の故意犯を共同・加担して実現する場合にのみ、共犯を認めるべきであるとする。

（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。

A 1-2 説

共犯者はすべて、実現された同一の重い罪の罪名に従うことになるが、軽い罪の認識しなかった者は、軽い罪の刑で処断されるとする。

（理由）

重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない（38条2項）。

（批判）

罪名と科刑を分離する点に疑問がある。

A 2 部分的犯罪共同説（通説）

二人以上の者が異なった構成要件にわたる行為を共同・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ときには、共犯を認めるべきであり、重なり合う軽い罪の範囲で1個の共同正犯が成立するとする。

（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、二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とらえれば足りる。

B 行為共同説

二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にも、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じ、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、共同実行の意思及び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・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、各人が自己の犯罪を実現するため、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場合である。

※ なお、内藤謙教授は、共犯も犯罪である以上、構成要件と因果関係の制約を離れて「行為共同」を考えることはできず、行為共同説を採っても、例えば、殺人と放火・窃盗の間の場合のように、構成要件実現過程における因果関係の一部共同もないときは、共同正犯の成立はあり得ないと考えるべきであろうとする。

また、前田雅英教授は、行為共同説といっても、犯罪としての類型性を無視することは許されない以上、各自がそれぞれの犯罪を共同して実行したと認められなければならないので、他人の行為との共同関係が、成立する犯罪類型の重要部分を占めていなければ、犯罪を共同して実行したとはいえないとする。

3 判例

□ 最決昭54. 4. 13（刑集33-3-179, 刑百選I〔7版〕90事件）

〔事案の概要〕

X・Yら7名の者は、巡査Aに対して、暴行又は傷害を加えることを共謀し、こもごも挑発的な怒声を浴びせた。Aがこれに応答すると、Yは、その言動に激昂し、未必の故意をもって、くり小刀でAの下腹部を突き刺し、これによってAを殺害した。

〔決定要旨〕

「殺人罪と傷害致死罪とは、殺意の有無という主観的な面に差異があるだけで、その余の犯罪構成要件要素はいずれも同一であるから、暴行・傷害を共謀した被告人Xら7名のうちのYが前記甲派出所前でA巡査に対し未必の故意をもって殺人罪を犯した本件において、殺意のなかった被告人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。」

□ 前掲最決平17. 7. 4

〔事案の概要〕

前掲参照。

〔決定要旨〕

「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。」

* 判例は、上記のとおり、罪質が重なり合う保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯が成立し、別途被告人に殺人罪が成立するという判断を下しているが、部分的犯罪共同説に立ったことを裏付ける説明はない。

4 本問の事案に即した具体的検討

判例又はA 2説に立てば、構成要件的に重なる範囲で甲乙間に共同正犯が成立する。不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪は、保護法益がいずれも人の生命を含んでいる点、及び、行為態様がいずれも保護すべき人を放置することである点で共通するから、軽い保護責任者遺棄致死罪の限度で構成要件の実質的な重なり合いが認められるといえる。したがって、甲及び乙には、保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯が成立する。

◆論点⑥ 共犯関係の解消（着手前）◆

1 問題の所在

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

そこで、丙がE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（60条）が成立しないのではないか。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、実行の着手の後に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了承されたときには、その後に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が問題となるとする。

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は、次のように述べている。

「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ではできず、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とはできず、当初の共謀関係が解消されたということで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、丙が強盗に着手する前であった。しかし、乙は、丙からの強盗の誘いに対して、丙との間で強盗の共謀をし、さらに、丙が強盗を実行した現場まで丙と同行していたから、丙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、丙に対し、「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、丙の了承を得ていなかったことや、乙は、丙が乙丙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、丙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。よつて、乙丙間における共犯関係の解消は認められない。

◆ 論点⑦ 過失犯 ◆

1 過失犯の構造

乙は、乙車を、時速約30ないし40キロメートルの速度で、何ら徐行させることなく、左右の見通しが利かない交差点に進入させたところ、F車と乙車が衝突し、乙車は、同交差点前方右角にあるブロック塀に衝突した。乙が乙車を何ら徐行させることなく交差点に進入させた行為につき、過失犯が認められないか。以下では、過失犯の構造について概説する。

2 問題の所在

刑法は、故意処罰を原則とし、過失犯は、特別の規定がある場合に限って処罰される（38条1項）。したがって、現行法において、過失犯は、故意が存在しないにもかかわらず刑事責任を問い得る例外的な場合であるといえることができる。しかし、現実には生起する犯罪の中で過失犯が占める割合は大きい。さらに、戦後の犯罪理論の発展の中で、過失をめぐる論争は重要な位置を占めてきたといえる。

このような実際の・理論的状况を背景に、過失犯の構造（過失犯の成立要件を、犯罪論の体系に即して、構成要件・違法・責任という犯罪の一般的成立要件によって示したもの）については、以下のように、大きく旧過失論と新過失論の対立がある。そこでは、注意義務違反と定義される過失について、(i) 過失における注意義務の内容をどのように理解するか、(ii) 注意義務を犯罪論の体系上どこに位置付けるかが議論の対象になっている。

3 学説

A 旧過失論

- (i) 注意義務の内容を、意思を緊張させて具体的結果を予見すべき結果予見義務と解し、結果予見義務は、結果の予見可能性によって生じると理解する。
- (ii) 結果予見義務は、故意と並ぶ責任の条件又は形式（責任要素）であり、故意犯と過失犯の間に、構成要件該当性・違法性の段階での本質的な違いはない。

(理由)

- ① 過失犯が処罰されるのは、当該結果を予見するよう意思を緊張させれば結果の発生を予見できたのに、注意（意思の緊張による一定事項への意識の集中）を怠ったために結果の発生を予見せずに行為に出て、結果を発生させてしまったからである。
- ② 結果無価値論の立場からすると、過失犯の違法性の本質は、結果（法益侵害）の発生という客観的・事実的要素にあり、予見可能性という主観的・事実的要素は当然に責任論で取り扱わなければならない。

B 新過失論

- (i) 注意義務の内容を、結果回避義務を中心に構成し、過失犯の違法性の本質を結果回避義務違反、すなわち、社会生活上要求される基準行為から逸脱した行為にあると考える。もっとも、結果回避可能性の前提として結果発生の予見可能性は必要である。
- (ii) 社会生活上要求される基準行為から逸脱した行為という意味での結果回避義務違反を違法要素（それと同時に構成要件要素）とする。

(理由)

- ① 旧過失論では、予見可能性を緩やかに理解すると、結果が発生すればそれだけで刑事責任を認めるという結果責任的運用になるおそれがある。
- ② 行為無価値論の立場からすると、行為者関係の要素である過失も、それが主観的であるか客観的であるかを問わず、人的不法を基礎付ける違法要素であると解される。
- ③ 社会的に有益な行為については、結果が発生し、かつその予見可能性があっても、結果回避義務が遵守されている場合には、「許された危険」として適法であると解するべきである。

C 修正旧過失論

- (i) 旧過失論と同様に、注意義務の内容を結果予見義務と解する。
- (ii) 基本的には旧過失論に立脚しながらも、責任類型としての構成要件の過失（一般人の注意能力を基礎とした一般的予見可能性を前提とした結果予見義務違反であって、その対象は、客観的構成要件に該当する事実である。）の存在を認め、また、実行行為（法益侵害の一般的危険性を持った行為）を始めとして過失犯の客観的側面を独立に論じること意義を認める。

(理由)

- ① 新過失論のように、客観的な注意とか基準行為という規範的・評価的概念を用いて過失の構成要件該当性を判断すると、構成要件の持つ罪刑法定主義的機能が弱まる。
- ② 構成要件の過失は、違法要素ではないが、構成要件の段階で既に過失犯を、一方において故意犯と区別し、他方において無過失の場合（構成要件を持たない）から区別する上で、構成要件の不可欠の要素である。
- ③ 旧過失論は、発生した結果を出発点とし、これと相当因果関係を有する不注意な心理状態を想定することによって過失犯を構成したのであるが、過失犯も犯罪である以上、客観面で故意犯との間に本質的な違いがないとしても、そこに過失犯としての実行行為が存在していなければならない。

4 判例

□ 最判平15. 1. 24（判時1806-157, 刑百選I〔7版〕7事件, 本問の素材判例）

〔事案の概要〕

午前零時30分頃、被告人が運転する車両（以下「被告人車」という。）とAが運転する車両（以下「A車」という。）が、交差する道路をそれぞれ進行してきて、交差点で、両車が出会い頭に衝突する交通事故（以下「本件事故」という。）が起きた。被告人車は、時速約30ないし40キロメートルで、A車は、時速約70キロメートルで同交差点に進入してきた。同交差点においては、被告人車の進行方向から見て、左右の交差道路の見通しが困難な状況であった。本件事故が発生した当時、被告人車の進路の対面信号機は黄色灯火の点滅を、A車の進路の対面信号機は赤色灯火の点滅を表示していた。また、どちらの道路にも優先道路の指定はなく、それぞれの道路の指定最高速度は時速30キロメートルであった。なお、判例上、信号機が黄色点滅と赤色点滅を示す交差点は、交通整理が行われていない交差点に当たると解されている。

（参考）道路交通法

（徐行すべき場所）

第42条 車両等は、道路標識等により徐行すべきことが指定されている道路の部分

通行する場合及び次に掲げるその他の場合においては、徐行しなければならない。

- 一 左右の見とおしがきかない交差点に入ろうとし、又は交差点内で左右の見とおしがきかない部分を通行しようとするとき（当該交差点において交通整理が行なわれている場合及び優先道路を通行している場合を除く。）。

〔判 旨〕

「左右の見通しが利かない交差点に進入するに当たり、何ら徐行することなく、時速約30ないし40キロメートルの速度で進行を続けた被告人の行為は、道路交通法42条1号所定の徐行義務を怠ったものといわざるを得ず、また、業務上過失致死傷罪の観点からも危険な走行であったとみられるのであって、取り分けタクシーの運転手として乗客の安全を確保すべき立場にある被告人が、上記のような態様で走行した点は、それ自体、非難に値するといわなければならない。

しかしながら、他方、本件は、被告人車の左後側部にA車の前部が突っ込む形で衝突した事故であり、本件事故の発生については、A車の特異な走行状況に留意する必要がある。すなわち、…Aは、酒気を帯び、指定最高速度である時速30キロメートルを大幅を超える時速約70キロメートルで、足元に落とした携帯電話を拾うため前方を注視せずに走行し、対面信号機が赤色灯火の点滅を表示しているにもかかわらず、そのまま交差点に進入してきたことが認められるのである。このようなA車の走行状況にかんがみると、被告人において、本件事故を回避することが可能であったか否かについては、慎重な検討が必要である。

この点につき、1、2審判決は、仮に被告人車が本件交差点手前で時速10ないし15キロメートルに減速徐行して交差道路の安全を確認していれば、A車を直接確認することができ、制動の措置を講じてA車との衝突を回避することが可能であったと認定している。…しかし、対面信号機が黄色灯火の点滅を表示している際、交差道路から、一時停止も徐行もせず、時速約70キロメートルという高速で進入してくる車両があり得るとは、通常想定し難いものというべきである。しかも、当時は夜間であったから、たとえ相手方車両を視認したとしても、その速度を一瞬のうちに把握するのは困難であったと考えられる。こうした諸点にかんがみると、被告人車がA車を視認可能な地点に達したとしても、被告人において、現実にA車の存在を確認した上、衝突の危険を察知するまでには、若干の時間を要すると考えられるのであって、急制動の措置を講ずるのが遅れる可能性があることは、否定し難い。そうすると、…被告人が時速10ないし15キロメートルに減速して交差点内に進入していたとしても、上記の急制動の措置を講ずるまでの時間を考えると、被告人車が衝突地点の手前で停止することができ、衝突を回避することができたものと断定することは、困難であるといわざるを得ない。そして、他に特段の証拠がない本件においては、被告人車が本件交差点手前で時速10ないし15キロメートルに減速して交差道路の安全を確認していれば、A車との衝突を回避することが可能であったという事実については、合理的な疑いを容れる余地があるというべきである。」

5 本問の事案に即した具体的検討

自動車を運転すれば、人をひいて死亡させる可能性があることは想定され得るから、乙の予見可能性を肯定できる。

では、乙に結果回避義務が認められるか。結果回避義務の内容は、結果回避可能性を前提として確定される。乙が、乙車を、何ら徐行させることなく、左右の見通しが利かない交差点に進入させた行為は、道路交通法42条1号所定の徐行義務に違反することは否定できない。しかし、本件事故は、乙車の左後側部にF車の前部が突っ込む形で衝突した事故であり、本件事故の発生については、F車の特異な走行状況に留意する必要がある。すなわち、Fは、酒気を帯び、指定最高速度である時速30キロメートルを大幅に超える時速約70キロメートルで、足元に落とした携帯電話を拾うため前方を注視せずにF車を走行させ、対面信号機が赤色灯火の点滅を表示しているにもかかわらず、そのまま交差点に進入してきたのである。対面信号機が黄色灯火の点滅を表示している際に、交差道路から、一時停止も徐行もせずに、時速約70キロメートルという高速で進入してくる車両があり得るとは、通常想定しがたいというべきである。しかも、当時は夜間であったから、たとえ進入してくる車両を視認したとしても、その速度を一瞬のうちに把握するのは困難であったと考えられる。こうした諸点からすると、乙がF車を視認することが可能な地点に乙車が達したとしても、乙が、現実にF車の存在を確認した上、衝突の危険を察知するまでには、若干の時間を要すると考えられるので、急制動の措置を講じるのが遅れる可能性があることは、否定しがたい。そうすると、事例中の11の②又は③の場合のように、乙が乙車を時速10ないし15キロメートルに減速させて交差点内に進入させていたとしても、上記の急制動の措置を講じるまでの時間を考えると、乙が乙車を衝突地点の手前で停止させることができ、F車との衝突を回避することができたと断定することができない。したがって、本件事故の結果回避可能性はなく、乙に結果回避義務を課することはできないといえる。

2018福田クラス直前フォロー答練 刑事系 第1問

■ 福田俊彦先生監修 合格スタンダード答案

(良好な水準の上レベルにあると認められる本試験順位300番程度の答案例)

Memo

- 1 第1 甲の罪責
- 2 甲は、乙に対し、「大丈夫よ。気を失っただけだから。後は私が布団に寝かせて世
- 3 話をするわ。」と言って、乙に殴打されて意識を失ったBを病院に連れて行かず、そ
- 4 の後Bが死亡したことにつき、不作為による殺人罪(刑法(以下、略。)199条)
- 5 が成立しないか。
- 6 1(1) 不作為も実行行為になり得るが、不当な処罰の拡大を防ぐため、作為による場合
- 7 と同視できる場合、すなわち、①保証人的地位に基づく作為義務及び②作為の可能
- 8 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限って、実行
- 9 行為性が認められると解する。①の有無は、法令・契約上の義務や先行行為、危険
- 10 の引受け、排他的支配の獲得などから総合的に判断する。
- 11 (2) 本件では、甲は、Bの母であるから、Bを監護すべき一般的な義務を負っている
- 12 (民法820条)。また、甲は、乙に対し、「大丈夫よ。気を失っただけだから。後
- 13 は私が布団に寝かせて世話をするわ。」と言って、Bを病院に連れて行かないよう
- 14 にした時点で、意識不明になっているBの生命の危険を引き受けたといえる。さら
- 15 に、甲の上記不作為が行われた場所は、乙らが住むアパートの一室であり、外部か
- 16 ら遮断された場所といえ、外部の者によるBの救命は期待できないから、甲は、B
- 17 が乙の殴打により生じた脳機能障害により死亡に至る因果の流れを排他的に支配し
- 18 ていたといえる。以上から、甲は、意識を失ったBを病院に連れて行き、医師にB
- 19 の救命を求める義務を負っていたといえる(①)。
- 20 この時点において、甲が、Bを自動車で病院に連れて行くことにより、Bに病院
- 21 で治療を受けさせ、その救命をすることは可能であったといえる(②)。
- 22 それにもかかわらず、甲は、Bを病院に連れて行ってBに治療を受けさせること
- 23 をせず、漫然とBを放置していたから、①の義務に違反したといえる。
- 24 したがって、甲の上記不作為には、殺人罪の実行行為性が認められる。
- 25 2 そして、Bは、死亡し、死の結果が発生した。
- 26 3 では、甲の上記不作為とBの死亡との間に因果関係が認められるか。甲の上記不
- 27 作為とBの死亡の間に本件事が介在しているから、問題となる。
- 28 因果関係は、行為の有する危険が結果に現実化した場合に、当該結果を行為に帰
- 29 属させる概念であるから、行為の有する危険が結果に現実化したと評価できる場合
- 30 に認めることができると解する。
- 31 本件では、たしかに、甲の上記不作為には、Bが乙による殴打から生じた脳機能
- 32 障害により死に至る危険が内在していた。しかし、Bの死因は本件事による脳挫
- 33 傷であり、甲の上記不作為には、脳挫傷の危険は全く内在していなかった。Bの死
- 34 因を形成したのは、専ら本件事という介在事情であって、その寄与度は極めて大
- 35 きかった。また、本件事は、甲の不作為が誘発したわけではなく、偶然生じた単
- 36 なる事故であり、異常性も大きい。そうすると、Bの死亡は、甲の上記不作為とは
- 37 全く独立した介在事情である本件事によって新たに形成された危険によるもので
- 38 あり、甲の上記不作為に内在していた危険が現実化したとはいえない。
- 39 したがって、甲の上記不作為とBの死亡の間に因果関係は認められず、殺人未遂
- 40 罪(203条、199条)の客観的構成要件に該当するとどまる。
- 41 4 そして、甲は、Bを病院に連れて行かなければBの命が危ないと認識していて、
- 42 Bが死んでしまえば、乙との生活がうまくいくと思って、Bの死を認識・認容して
- 43 いたといえるから、甲には殺人の故意が認められる。
- 44 5 よって、甲の上記不作為につき、殺人未遂罪(203条、199条)が成立する。
- 45 第2 丙の罪責
- 46 丙が、Eに対し、その顔面を肘で強打してその場に昏倒させ、Eから売上金140

47 0万円が入ったジュラルミンケース1個を奪い、逃げ去った行為について強盗致傷罪
48 (240条前段)が成立しないか。

49 1 まず、丙は、「強盗」(240条)に当たるか。

50 「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の行使をい
51 う。顔面の強打は、通常抵抗できなくなる強度なものであることから、丙の上記暴行
52 は、Eの反抗を抑圧する程度の有形力の行使であったといえ、「暴行」に当たる。

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

55 「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して財物の
56 占有を移転させることをいう。丙は、上記「暴行」によりEが倒れて動けなくなっ
57 ている間に、Eから1400万円が入ったジュラルミンケースを奪って逃げ去っていて、
58 Eの意思に反してこの占有を移転させたといえるので、「強取」に当たる。

59 したがって、丙は、「強盗」に当たる。

60 2 そして、丙は、上記強盗の機会に、Eに加療約10日間を要する顔面挫創、頭部
61 打撲傷を生じさせているので、「人を負傷させた」(240条前段)といえる。

62 3 よって、丙の上記行為につき、強盗致傷罪が成立する。

63 第3 乙の罪責

64 1 乙が、Bの左頬を殴打し、さらにBの頭部右側を5回にわたり殴打した行為によ
65 り、Bは意識を失った。乙のこの行為は、Bの生理的機能を害する「傷害」に当
66 たり、傷害罪(204条)が成立する。

67 2 乙が、乙に殴打されて意識を失ったBを病院に連れて行かず死亡させた行為につ
68 いて、保護責任者遺棄致死罪(219条、218条)が成立しないか。

69 (1) まず、Bは、乙の殴打により意識を失っていて、身体的に健康状態が害されてい
70 る者であるから、「病者」(218条)に当たる。

71 (2) 次に、乙は、病者を「保護する責任のある者」に当たるか。

72 「保護する責任のある者」とは、要扶助者の安全を保護すべき法律上の義務を負
73 う者をいう。この義務の有無は、法令・条理・先行行為・排他的支配の有無などか
74 ら総合的に判断する。

75 本件では、たしかに、乙は、Bの実親ではないから、Bを監護すべき法令上の義
76 務は負っていない。しかし、乙は、甲及びBとの同居を始めた後、自身の収入を甲
77 及びBとの生活費に充てるとともに、Bの育児にも協力し、Bの生活及び育児を引
78 き受けていたといえる。また、Bが意識を失ったのは、乙がBを殴打したことによ
79 るから、乙の先行行為が認められる。さらに、乙の上記不作為が行われた場所は、
80 乙らが住むアパートの一室であり、外部の者によるBの救命は期待できず、甲にB
81 を救命する意思がなく、甲による救命も期待できなかったことから、乙は、Bが乙
82 の殴打により生じた脳機能障害により死亡に至る因果の流れを排他的に支配してい
83 たといえる。以上から、乙は、Bを病院に連れて行き、Bに適切な治療を受けさせ
84 る義務を負っていたといえるので、「保護する責任のある者」に当たる。

85 (3) それにもかかわらず、乙は、Bを病院に連れて行かずに放置したので、Bの「生
86 存に必要な保護をしなかった」といえる。

87 (4) では、乙がBの「生存に必要な保護をしなかった」行為とBの死亡との間に因果
88 関係が認められるか。

89 因果関係の存否は、第1の3で述べた基準により判断する。

90 本件では、たしかに、乙の上記行為には、Bが乙による殴打から生じた脳機能障
91 害により死に至る危険が内在していた。しかし、Bの死因は、本件事故による脳挫
92 傷であり、乙の上記行為にはその脳挫傷の危険性は全く内在していなかった。Bの
93 死因を形成したのは、専ら本件事故という介在事情であって、その寄与度は極めて
94 大きい。また、本件事故は、乙の上記行為が誘発したものではなく、偶然生じたも
95 のであるから、異常性も大きい。

96 したがって、乙の上記行為とBの死亡との間に因果関係は認められないから、保
97 護責任者遺棄罪(218条)の客観的構成要件に該当するととどまる。

98 (5) そして、乙には、同罪の故意も認められるから、上記行為につき、保護責任者遺
99 棄罪（218条）が成立する。

100 3 乙は、丙が、Eに対し、その顔面を強打して昏倒させ、Eから売上金1400万
101 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ことについて、
102 強盗致傷罪の共謀共同正犯（60条、240条前段）が成立しないか。

103 (1) 60条が一部実行全部責任を定めた趣旨は、相互利用補充関係の下で自己の犯罪
104 として犯罪を実現した者には、共同正犯として全ての責任を負わせる点にある。そ
105 うすると、実行行為をしていない者であっても、a. 共謀が成立し、b. 正犯性が認め
106 られ、c. 他の者がその共謀に基づき犯罪を実行したことが認められれば、共謀共同
107 正犯としての罪責を負うと解する。

108 (2) 本件では、丙が、乙に対し、集金に来たD店の本社社員から現金を奪い取る計画
109 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に対し、乙
110 は、これを了承したから、乙丙間には強盗罪の共謀が成立したといえる（a）。

111 また、乙は、丙が集金に来た本社社員を襲っている際に、丙が不利な状況であれ
112 ば一緒に襲うという重要な役割を担っていた。そして、乙は、奪った現金の3割も
113 分け前として与えられることになっていたこと及び自身の金欲しさからこの計画に
114 加わることを決意したことから、乙には、自己の犯罪として遂行する意思があった
115 と認められる。したがって、乙には、正犯性が認められる（b）。

116 そして、前述のように、丙は、aの共謀に基づき強盗を行った（c）。

117 (3) もっとも、乙は、強盗の実行着手前に、丙に対し、「こんな危ないことはやっぱ
118 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ことから、乙丙
119 間の共犯関係が解消されたといえないか。

120 ア 共犯の処罰根拠は、結果の発生に物理的・心理的因果性を及ぼしたことにある。
121 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、
122 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
123 任を負わないと解する。

124 イ 本件では、たしかに、乙が乙宅に帰ったのは、丙が強盗に着手する前であった。
125 しかし、乙は、丙からの強盗の誘いに対して、上述のように、丙との間で強盗の
126 共謀をし、さらに丙が強盗を実行した現場まで丙と同行していたから、丙による
127 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、丙に対し、
128 「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
129 は、一方的に伝えただけであり、丙の了承を得ていなかったことや、乙は、丙が
130 乙丙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、
131 乙は、丙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。

132 ウ したがって、乙丙間における共犯関係の解消は認められない。

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

135 4 乙が、自車を時速約30ないし40キロメートルの速度で何ら徐行することなく
136 左右の見通しが利かない交差点に進入させ、本件事故を起こし、Bを死亡させた行
137 為について、過失運転致死罪（自動車運転死傷行為処罰法5条）が成立しないか。

138 (1) 乙は、上記行為に当たって「必要な注意を怠」ったといえるか、すなわち乙に過
139 失が認められるか。

140 (2) 過失とは、危険ではあるが社会的に有用な行為を阻害しないため、予見可能性を
141 前提とした、結果回避可能性を前提として確定される結果回避義務違反と解する。

142 (3) 本件では、まず、自動車を運転すれば、人をひいて死亡させる可能性があること
143 は想定することができるから、乙は、本件事故を予見することができたといえる。

144 次に、乙に本件事故を回避すべき義務が認められるか。

145 対面信号機が黄色灯火の点滅を表示している際に、交差道路から、一時停止も徐
146 行もせず、時速約70キロメートルという高速で進入してくる車両があり得ると
147 は、通常想定しがたい。しかも、当時は、夜間であった。そうすると、乙がF車を
148 視認できる地点に乙車が達したとしても、乙が、現実にはF車の存在を確認した上、

149 衝突の危険を察知するまでには、若干の時間を要すると考えられるので、急制動の
150 措置を講じるのが遅れる可能性があることは、否定しがたい。そうすると、事例中
151 の10の②又は③の場合のように、乙が乙車を時速10ないし15キロメートルに
152 減速させて交差点内に進入させていたとしても、上記の急制動の措置を講じるまで
153 の時間を考えると、乙が乙車を衝突地点の手前で停止させることができ、F車との
154 衝突を回避することができたといえない。そして、乙が本件事故を回避する可能性
155 は認められないので、乙にこれを回避すべき義務を課することはできない。したが
156 って、乙に過失は認められず、乙は、「必要な注意を怠」ったとはいえない。
157 (4) よって、乙に過失運転致死罪は成立しない。

158 5 乙に成立する上記各犯罪は、別個の行為であるので、併合罪（45条前段）となる。

159 第4 丁の罪責

160 1 丁が、丙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、不
161 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。

162 2 不作為の幫助犯についても、第1、1(1)で述べた基準と同じように考える。

163 3 本件では、丁は、D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
164 保管する職務を負っていたが、その後の本社員による集金については、何ら職務と
165 しての責任を負っていなかったといえる。そうすると、丁には、丙らが強盗の計画を
166 実行に移すのを防止すべき義務は認められない。

167 4 よって、丁に強盗致傷罪の幫助犯は成立せず、丁は、何も罪責を負わない。

168 以上

2018福田クラス直前フォロー答練 刑事系 第1問

◆ 受験生答案① (受験生が試験時間内に実際に書いた答案)

Memo

- 1 第1 甲の罪責
2 1 甲のBに対する殺人未遂罪の成否につき検討する(203条, 19
3 9条)。
4 (1) 甲は, Bに対して何ら作為による殺人罪の実行行為をしておらず,
5 不作為により同罪の構成要件を実現することができるか。
6 この点, ㉑作為義務の存在, ㉒作為可能性, 容易性, ㉓作為との
7 同価値性が認められれば, 不作為により作為で規定された構成要件
8 を実現するとしても, 罪刑法定主義に反しない。
9 (2) 甲は, Bの母親であり, 親権者であるから(民法818条1項),
10 法令上作為義務を負う(㉔)。
11 (3) Bに適切な治療を施せば, 十中八九Bの救命は可能であった上に,
12 Bを救命できる病院は乙宅から自動車で15分の至近距離にあり,
13 Bを自動車で運ぶことは, 甲にとり, 可能かつ容易であった(㉕)。
14 (4) Bが約3歳の幼児であり, 法益の保護が親権者甲に全面的に依存
15 していることからすれば, 致命傷を負ったBを, その状態を認識し
16 ながら放置することは, 作為との同価値性が認められる(㉖)。
17 (5) 甲は, Bの生命の危険を認識しながらも, このままBが死ねば,
18 乙との2人きりの生活となり, むしろBが死んでしまえばいいと思
19 っており, 未必的殺意が認められる(38条1項)。
20 (6) 以上から, 甲に殺人罪の実行行為性が認められる。
21 (7) もっとも, Bは, 後述する本件事故で死亡しているから, 結果は
22 不発生であり, 未遂にとどまる。
23 2 甲には, Bに対する殺人未遂罪が成立する(203条, 199条)。
24 第2 丙の罪責
25 1 丙に, Eに対する強盗致傷罪(240条前段)の成否を検討する。
26 (1) 丙は「強盗」といえるか。
27 ア 丙は, Eの顔面を肘で強打してその場に昏倒させており, 反抗
28 を抑圧するに足りる程度の「暴行」が認められる。
29 イ 上記暴行により動けなくなったEから, 所持していた1400
30 万円が入ったジュラルミンケース1個を奪う行為は, 「他人の財
31 物を強取した」といえる。
32 ウ よって, 丙は「強盗」といえる。
33 (2) 丙の暴行行為により, Eは加療約10日間を要する傷害を負って
34 おり, 強盗の手段そのものから生じた医師の加療を要する傷害であ
35 るから, 「負傷させたとき」に当たる。
36 2 丙には, Eに対する強盗致傷罪が成立し, 後述の甲との間で共同正
37 犯となる(60条, 240条前段)。
38 第3 丁の罪責
39 1 丁に, 業務上横領罪(253条)の成否を検討する。
40 (1) 丁は, D店の従業員であり, 社会生活上の地位に基づき, 反復継
41 続して, D店の売上金を保管する事務を処理しており, 「業務上」
42 売上金を占有する者といえる。
43 (2) もっとも, 丁は, 丙らの強盗の計画を聞いたにとどまり, 丙らに
44 犯行を思いとどまるよう説得する以外に, 措置をしなかったことを
45 捉えて, 「横領した」とすることはできない。横領行為は, 不法領
46 得の意思の実現行為であるとされるところ, 丁にはこれが認められ

- ・丁について書くことを悩んだ。従犯の検討とは気づかず, 背任を検討してしまいました…
- ・過失が問題となるのはわかかったが, 事実の使い方を悩みました。

- 47 ないからである。
- 48 2 次に、丁に、D社に対する背任罪（247条）の成否を検討する。
- 49 (1) 丁は、D社の各売上金を、D店内の金庫に保管する職務を負って
- 50 61 おり、「他人のためにその事務を処理する者」といえる。
- 51 (2) もっとも、丁は、何ら自己のための利益を図る目的はなく、また、
- 52 丙、乙に対して計画をやめるよう説得していることからすれば、丙
- 53 らの図利目的、及びD社への加害目的も認められない。
- 54 よって、図利加害目的が認められない。
- 55 (3) また、丙らへの説得行為以外に何らの措置をとらなかったことが、
- 56 任務違反行為といえない。
- 57 (4) よって、背任罪は成立しない。
- 58 3 丁に犯罪は成立しない。

59 第4 乙の罪責

- 60 1 乙のBに対する傷害罪の成否を検討する（204条）。
- 61 (1) 乙は、Bの頭部右側を手拳で5回にわたり殴打しており、Bの身
- 62 体に対する不法な有形力の行使としての暴行である。
- 63 (2) これにより、Bは致命傷の脳機能障害を負っており、「傷害」を
- 64 負っている。
- 65 (3) 乙にはBに対する傷害罪が成立する。
- 66 2 乙のEに対する強盗致傷罪の共同正犯の成否を検討する（240条
- 67 前段、60条）。
- 68 (1) 乙を丙との間で共同正犯と問擬することができるか。
- 69 ア 共同正犯の処罰根拠は、2人以上の者が意思を通じて犯罪を実
- 70 71 現することで、相互利用補充し合い、一部の行為を行った者に全
- 72 部の責任を課すことができることにある。
- 73 そこで、①正犯意思②意思の連絡③基づく実行行為があれば、
- 74 共同正犯として全部責任を負うと解する。
- 75 イ(ア) ①正犯意思とは、自己の犯罪として加功することをいうから、
- 76 ②果たした役割の重要性、③手にした報酬の多寡により、自ら
- 77 の犯罪として加功したか否かを判断すべきである。
- 78 (イ) 乙は、当初丙から誘われ、参加することに難色を示していた
- 79 ものの、生活が困窮していて金が欲しかったため計画に加わっ
- 80 ている。
- 81 乙が報酬として約束された額は、奪った現金の3割という全
- 82 体に占める割合が大きいものである(④)。
- 83 また、基本的には見張りという役割ではあるが、丙に不利な
- 84 状況が発生すれば、一緒に乙も強盗行為をするという合意から
- 85 は、臨機応変に状況を判断し、強盗という犯罪の核心部分の実
- 86 行行為にも加担するという重要な役割を認めることができる
- 87 (⑦)。
- 88 よって、乙は、自己の犯罪として行ったものといえ、正犯意
- 89 思が認められる(①)。
- 90 ウ 乙と丙とは、事前に意思を通じて、実行に臨んでおり、⑤意思
- 91 の連絡がある。
- 92 エ 既に丙の罪責で述べたように、上記合意に基づき、丙のEに対
- 93 する強盗行為が認められる(⑧)。
- 94 オ 以上からすると、乙にも共同正犯が成立しうと思える。
- 95 (2) もっとも、乙は、Eが歩いてきたという、実行行為開始の直前に、
- 96 「俺は帰る。」と、一方的に丙に伝えてその場を立ち去っているが、
- 97 乙に共犯関係からの離脱が認められるか。
- ア 共犯の処罰根拠が、相互に利用補充し合って、犯罪の実現に向

- 98 けた因果的影響力を与えたことにあることからすれば、共犯の離
 99 脱の判断にあたっては、自らの与えた因果的影響力の解消という
 100 観点から、判断すべきである。
- 101 イ 本件では、確かに、乙は、丙の持ってきた計画に誘われたとい
 102 う受動的な地位にあり、当初は参加を渋っていたことからすれば、
 103 乙は丙から強く犯行に参加を促されたにすぎず、与えた影響力は
 104 少ないとも思える。
- 105 しかし、その後に、乙は金が欲しいという自らの動機により、
 106 犯行に参加し、Eが登場する以前に、丁と話すなどしたりしてお
 107 り、いくらでも翻意する機会があったのに、丙との関係を解消し
 108 ていない。
- 109 また、犯行の直前まで乙が丙との行動を共にし、その時間も、
 110 昼から合流して、午後7時45分頃までの長時間に渡ることから、
 111 丙は、これにより乙が共に犯罪を実行するという安心感を得てお
 112 り、心理的に与えた因果性は大きい。
- 113 よって、Eに出くわした、実行の直前において、一方的に丙の
 114 了承もえずに立ち去る行為は、因果的影響力を解消させるもの
 115 とはいえない。
- 116 ウ 乙に、共犯関係からの離脱は認められない。
- 117 (3) 乙にEに対する強盗致傷罪が成立し、丙と共同正犯となる。
- 118 3 乙のBに対する過失運転致死罪（自動車運転死傷行為処罰法（以下、
 119 法とする）5条）の成否を検討する。
- 120 (1) 同条の罪が成立するためには、①注意義務違反、及び②結果の発
 121 生を要する。
- 122 (2) 本件事故の起きた交差点は、乙車からみて左右の交差道路の見通
 123 しは困難であったから、道交法42条1号に該当し、42条本文の
 124 徐行義務が乙に課される。
- 125 にもかかわらず、乙車は何ら徐行することなく交差点に侵入して
 126 おり、徐行義務違反がある。
- 127 もっとも、過失犯においては、予見可能性に基づく結果回避義務
 128 違反が要求されるから、結果回避可能性が必要となる。
- 129 (3) 相手方であるF車が飲酒運転で、時速70キロメートルの速度と
 130 大幅に違反し、さらに、前方不注意であるという、非常に悪質な違
 131 反車であることから、回避不可能とも思える。
- 132 しかし、乙車は、仮に、時速15キロメートル以内であれば、F
 133 車に気づくことが可能であり、徐行義務をりこうすれば、F車を認
 134 識可能であった。
- 135 よって、①義務違反がある。
- 136 (4) Bは、事故時点では生存しており、これにより死亡したから、②
 137 結果の発生もある。
- 138 (5) 乙に成立する。
- 139 4 乙には、204条、240条前段、法5条の罪が成立し、全ての罪
 140 は併合罪（45条前段）となる。240条前段については丙と共同正
 141 犯となる（60条）
- 142 以上

※本受験生答案につきましては、答案選定後に答案作成者がコメントを付してくれましたので掲載させていただきます。

【MEMO】

2018福田クラス直前フォロー答練 刑事系 第1問

◆ 受験生答案② (受験生が試験時間内に実際に書いた答案)

Memo

- 1 第1 乙がBの左頬を右の平手で一度殴打した上で、Bの頭部右側を手拳
2 で5回殴打した一連の殴打行為について
- 3 1 乙に傷害罪(刑法(以下略)204条)が成立するか。
- 4 当該殴打行為は脆弱な器官たる脳が位置する頭部を5回にもわたっ
5 て手拳で強打する行為を含み、人の生理機能を害するものといえ、傷
6 害の実行行為にあたる。そして、これによりBの意識を失わせており、
7 この認識認容もあるから、傷害罪が成立する。
- 8 2 後にBが死亡しているが、傷害致死罪(205条)まで成立するか。
- 9 ア Bの死亡結果と当該殴打行為との因果関係を検討する。
- 10 因果関係は発生結果を行為に帰責できるかという問題であるから、
11 行為の危険が結果に現実化した場合に認められる。具体的には、行
12 為の危険性、介在事情の寄与度、介在事情の異常性に着目して判断
13 する。
- 14 イ 本件で当該殴打行為はそれ自体Bに脳機能障害という致命傷を生
15 じさせる程大きな危険性のある行為であった。しかし、Bの死因は、
16 その後の乙車の本件事故による脳挫傷であり、本件事故の寄与度が
17 大きく、また、本件事故のような交通事故は後述の乙の過失による
18 異常なもので、当該殴打行為に誘発されたものでもない。
- 19 よって、当該殴打行為よりも本件事故という介在事情の寄与度が
20 はるかに大きく、もはや当該殴打行為の危険がBの死亡に現実化し
21 たとはいえないため因果関係を欠く。
- 22 ウ よって、傷害致死罪までは認められず、傷害罪にとどまる。
- 23 第2 甲と乙がBを病院に連れて行かなかった行為について
- 24 1 乙について
- 25 (1) 乙は、甲にBの世話を任せて乙宅を出ているが、不作為による殺
26 人罪(199条)は成立するか。
- 27 殺人罪の成立には、少なくとも殺人の未必の故意が必要だが、乙
28 は、Bが死ぬことはないだろうと思っており、B死亡の可能性の認
29 識認容を欠く、すなわち故意がない。よって、成立しない。
- 30 (2) では、保護責任者遺棄罪(218条)は成立するか。
- 31 ア まず、Bはわずか3歳の子どもであり、「幼年者」にあたる上、
32 意識を失っており「病者」にもあたる。
- 33 イ 「保護する責任」は先行行為や条理等の事情に加え要保護者の
34 安全を排他的に委ねられている場合に生じる。
- 35 乙は自ら上述のようにBを殴打して意識を喪失させており、B
36 と1年近く同居してきた者としてBの安全を確保すべき立場にあ
37 り、Bの母親甲から「任せて」と言われているものの、最近甲が
38 乙がBにせつかんを加えてもBを助けようとしなくなっ
39 いた以上、乙は、Bの安全を排他的に委ねられているといえ、
40 「保護する責任」がある。
- 41 ウ そして、乙宅から自動車ですでに15分の病院にBを連れて行
42 って救命することは可能かつ容易であったにもかかわらず、甲し
43 かない乙宅に放置しているから、乙は、置き去りによる遺棄を
44 したといえる。
- 45 エ 保護責任者遺棄致死罪(219条)まで成立するか問題となる
46 もBの死因は乙による置き去りと独立に発生した本件事故により

- ・ 時間配分が大反省でした。
- ・ また、判例の結論がどうだったか怪しくなってしまう、欠きながら迷ってぶれてしまったので、短答知識の確認もしようと思います。

47 形成された脳挫傷であり、本件事故の寄与度が置き去りの危険性
 48 を上回っているから、置き去りの危険がBの死に現実化したとい
 49 えず、因果関係を欠く。

50 よって、保護責任者遺棄罪が成立し、同罪の限度で殺人未遂の
 51 構成要件と重なり、後述の甲と当該罪の範囲で共同正犯となる。

52 2 甲について

53 (1) 甲は乙に対し「大丈夫よ。気を失っただけだから。私に任せ
 54 て。」と言って、Bを病院に連れて行かないようにしているが、不
 55 作為による殺人罪（199条）が成立しないか。

56 ア 199条が「殺した」と作為の形で規定しているため、不作為
 57 でも実行行為たりうるか問題となる。

58 実行行為とは、法益侵害惹起の現実的危険性を有する行為をい
 59 うところ、不作為によってもかかる危険は生じうるため、不作為
 60 も実行行為たりうる。もっとも、構成要件の自由機能を保障すべ
 61 く、作為との構成要件的同価値性がある場合に限り、不作為に実
 62 行行為性を認めるべきである。具体的には、法的作為義務があり、
 63 作為が可能かつ容易であったときに、かかる同価値性がみとめら
 64 れる。

65 本件で、甲はBの唯一の親権者であり、Bをうとましく思って
 66 せっかんをするようになった乙から実子Bを守るべき立場にあっ
 67 た。そして、甲、乙、Bしかいない乙宅で乙に殴打されて致命傷
 68 を負いBが意識を失っている以上、甲はBの命を排他的に委ねら
 69 れていたといえる。よって、甲はBを病院に連れて行って適切な
 70 治療を施すべき法的作為義務を負っていたといえる。

71 また、Bを救命できる病院は乙宅から自動車ですぐ15分の
 72 ところにあり、かかる作為義務を果たすことは可能かつ容易であ
 73 った。

74 よって、致命傷を負って意識喪失、放置すればしばらくして死
 75 に至る状況にあったBをあえて病院に連れて行かず、乙が連れて
 76 いくことも妨げたBの行為は生命侵害惹起の現実的危険性がある
 77 殺人行為と構成要件的同価値性があり、実行行為性がある。

78 イ もっとも、死の結果との因果関係は乙で検討したように認めら
 79 れない。

80 ウ 甲は、乙と異なりこのままBが死んでしまえば乙との生活がう
 81 まくいくのではないかと思ひ、Bが死亡につき未必の故意がある。

82 エ 以上より、不作為による殺人未遂罪（203条、199条）が
 83 成立する。

84 第3 乙が乙車運転中徐行せずに交差点に入りF車と衝突した行為につい
 85 て

86 1 乙に過失運転致死罪（自動車の運転により人を死傷させる行為等の
 87 処罰に関する法律5条）が成立するか。

88 (1) 「自動車の運転上必要な注意を怠る」には道路交通法違反も含む。

89 (2) 乙は、交通整理が行われておらず優先道路でもない道路交通法4
 90 2条1号本文にあたる左右の見とおしがきかない交差点で徐行義務
 91 があつたにもかかわらず、通常の指定速度30キロで運転している
 92 ため同法違反がある。

93 そして、時速15キロメートルで徐行していればF車を視認して
 94 停止し、本件事故を防止できたから、徐行義務違反がなかったなら
 95 ば事故によるBの死亡はなかったといえ、因果関係もある。

96 2 よって、同罪が成立する。

97 第4 乙と丙が集金社員を襲って現金を奪う計画を立て丙が実行した行為

- 98 について
- 99 1 丙について
- 100 (1) 丙に強盗罪（236条）が成立するかみるに、丙は、Eの顔面を
- 101 肘で強打するという反抗抑圧に足る有形力行為たる「暴行」をして
- 102 1400万円が入ったジュラルミンケース1個という「財物」を
- 103 「強取」しているため、成立する。
- 104 (2) また、この暴行によりEに加療10日を要する顔面挫創等の傷害
- 105 を負わせているため、強盗致傷罪（240条）が成立する。
- 106 2 乙について
- 107 (1) 強盗致傷罪の共同正犯（60条、240条）は成立するか。
- 108 共同正犯の一部実行全部責任の根拠は相互利用補充関係にあるから、かかる関係がある場合すなわち正犯いし、共謀、一部の者による実行があれば成立する。
- 109 110 本件で、乙は見張り役とはいえ、分け前の3割をうける約束の下、
- 111 重要な役割を負っていたといえ正犯いしがあり、共謀も、丙による
- 112 実行もあるため、少なくとも強盗の共同正犯となる。
- 113 致傷結果の利用はない。
- 114 離脱について、D店前に集まったにすぎず着手がないため、丙が
- 115 乙の離脱をにんしき了承すれば共犯からぬける。丙はにんしき了承
- 116 しており、乙はりだつする。
- 117 118 3 丁は係員として金庫をかんりする立場にあつたが不作為の幫助は否
- 119 定される。
- 120 第5
- 121 甲の罪責
- 122 殺人未遂罪
- 123 乙の罪責
- 124 傷害罪と保護責任者遺棄罪、過失致死の併合罪
- 125 丙の罪責
- 126 強盗罪
- 127 丁
- 128 犯罪不成立
- 129 以上

※本受験生答案につきましては、答案選定後に答案作成者がコメントを付してくれましたので掲載させていただきます。

【MEMO】