

予備試験合格

原孝至先生
基礎集中 1st

第3回・刑法

基礎集中講義

あなたの熱意・辰巳の誠意
辰巳法律研究所

基礎集中講義1st 刑法

目 次

・【論文】応用事例問題	2
・【論文】応用事例問題【予備試験合格者再現答案】	26
・【論文】応用事例問題【答案例】	30
・【論文】応用事例問題【採点基準表】	34
・【短答】問題・解説	35
・【短答】正答表	59

基礎集中講義 1st (刑法)

練習問題

応用事例問題

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

1 甲（40歳、男性）は、公務員ではない医師であり、A私立大学附属病院（以下「A病院」という。）の内科部長を務めていたところ、V（35歳、女性）と交際していた。Vの心臓には特異な疾患があり、そのことについて、甲とVは知っていたが、通常の診察では判明し得ないものであった。

2 甲は、Vの浪費癖に嫌気がさし、某年8月上旬頃から、Vに別れ話を持ち掛けていたが、Vから頑なに拒否されたため、Vを殺害するしかないと考えた。甲は、Vがワイン好きで、気に入ったワインであれば、2時間から3時間でワイン1本（750ミリリットルの瓶入り）を一人で飲み切ることを知っていたことから、劇薬を混入したワインをVに飲ませてVを殺害しようと考えた。

甲は、同月22日、Vが飲みたがっていた高級ワイン1本（750ミリリットルの瓶入り）を購入し、同月23日、甲の自宅において、同ワインの入った瓶に劇薬Xを注入し、同瓶を梱包した上、自宅近くのコンビニエンスストアからVが一人で住むV宅宛てに宅配便で送った。劇薬Xの致死量（以下「致死量」とは、それ以上の量を体内に摂取すると、人の生命に危険を及ぼす量をいう。）は10ミリリットルであるが、甲は、劇薬Xの致死量を4ミリリットルと勘違いしていたところ、Vを確実に殺害するため、8ミリリットルの劇薬Xを用意して同瓶に注入した。そのため、甲がV宅宛てに送ったワインに含まれていた劇薬Xの量は致死量に達していなかったが、心臓に特異な疾患があるVが、その全量を数時間以内で摂取した場合、死亡する危険があった。なお、劇薬Xは、体内に摂取してから半日後に効果が現れ、ワインに混入してもワインの味や臭いに変化を生じさせないものであった。

同月25日、宅配業者が同瓶を持ってV宅前まで行ったが、V宅が留守であったため、V宅の郵便受けに不在連絡票を残して同瓶を持ち帰ったところ、Vは、同連絡票に気付かず、同瓶を受け取ることはなかった。

3 同月26日午後1時、Vが熱中症の症状を訴えてA病院を訪れた。公務員ではない医師であり、A病院の内科に勤務する乙（30歳、男性）は、Vを診察し、熱中症と診断した。乙からVの治療方針について相談を受けた甲は、Vが活着していることを知り、Vに劇薬Yを注射してVを殺害しようと考えた。甲は、劇薬Yの致死量が6ミリリットルであること、Vの心臓には特異な疾患があるため、Vに致死量の半分に相当する3ミリリットルの劇薬Yを注射すれば、Vが死亡する危険があることを知っていたが、Vを確実に殺害するため、6ミリリットルの劇薬YをVに注射しようと考えた。そして、甲は、乙のA病院への就職を世話したことがあり、乙が甲に恩義を感じていることを知っていたことから、乙であれば、甲の指示に忠実に従うと思い、乙に対し、劇薬Yを熱中症の治療に効果のあるB薬と偽って渡し、Vに注射させようと考えた。

甲は、同日午後1時30分、乙に対し、「VにB薬を6ミリリットル注射してください。私はこれから出掛けるので、後は任せます。」と指示し、6ミリリットルの劇薬Yを入れた容器を渡した。乙は、甲に「分かりました。」と答えた。乙は、甲が出掛けた後、甲から渡された容器を見て、同容器に薬剤名の記載がないことに気付いたが、甲の

指示に従い、同容器の中身を確認せずにVに注射することにした。

乙は、同日午後1時40分、A病院において、甲から渡された容器内の劇薬YをVの左腕に注射したが、Vが痛がったため、3ミリリットルを注射したところで注射をやめた。乙がVに注射した劇薬Yの量は、それだけでは致死量に達していなかったが、Vは、心臓に特異な疾患があったため、劇薬Yの影響により心臓発作を起こし、同日午後1時45分、急性心不全により死亡した。乙は、Vの心臓に特異な疾患があることを知らず、内科部長である甲の指示に従って熱中症の治療に効果のあるB薬と信じて注射したものの、甲から渡された容器に薬剤名の記載がないことに気付いたにもかかわらず、その中身を確認しないままVに劇薬Yを注射した点において、Vの死の結果について刑事上の過失があった。

- 4 乙は、A病院において、Vの死亡を確認し、その後の検査の結果、Vに劇薬Yを注射したことが原因でVが心臓発作を起こして急性心不全により死亡したことが分かったことから、Vの死亡について、Vに対する劇薬Yの注射を乙に指示した甲にまで刑事責任の追及がなされ则认为した。乙は、A病院への就職の際、甲の世話になっていたことから、Vに注射した自分とはともかく、甲には刑事責任が及ばないようにしたいと思い、専ら甲のために、Vの親族らがVの死亡届に添付してC市役所に提出する必要があるVの死亡診断書に虚偽の死因を記載しようと考えた。

乙は、同月27日午後1時、A病院において、死亡診断書用紙に、Vが熱中症に基づく多臓器不全により死亡した旨の虚偽の死因を記載し、乙の署名押印をしてVの死亡診断書を作成し、同日、同死亡診断書をVの母親Dに渡した。Dは、同月28日、同死亡診断書記載の死因が虚偽であることを知らずに、同死亡診断書をVの死亡届に添付してC市役所に提出した。

(平成29年予備試験論文式試験刑法)

◆ 事 案 ◆

医師甲が、劇薬Xを混入したワインをVに飲ませてVを殺害しようと考え、劇薬Xをワインの入った瓶に注入し、同瓶をV宅宛に宅配便で送ったが、V宅が留守であったため、Vが同瓶を受け取ることはなかった（Vの心臓には特異な疾患があり、そのことを甲は知っていた。また、劇薬Xの致死量は10ミリリットルであり、甲は致死量を4ミリリットルと勘違いしていたところ、Vを確実に殺害するため、8ミリリットルの劇薬Xを同瓶に注入したが、Vがその全量を摂取した場合、死亡する危険があった。）。

↓

甲が、Vに劇薬Yを注射してVを殺害しようと考え、医師乙に6ミリリットルの劇薬Yを渡してVに注射させたところ、Vが痛がったため、3ミリリットルを注射したところで注射をやめたが、Vは劇薬Yの影響により心臓発作を起こし、急性心不全により死亡した（乙は、甲から渡された容器に薬剤名の記載がないことに気付いたが、その中身を確認せずにVに劇薬Yを注射した。また、甲は、劇薬Yの致死量が6ミリリットルであること、心臓に特異な疾患があるVに3ミリリットルの劇薬Yを注射すれば、Vが死亡する危険があることを知っていたが、乙は、Vの心臓に特異な疾患があることを知らなかった。）。

↓

公務員ではない医師乙が、専ら甲のために虚偽の死因を記載したVの死亡診断書を作成し、Vの母親Dを介して、同死亡診断書をC市役所に提出した。

□□間接正犯

(スタンダードテキスト刑法 1P. 286～296 参照)

1 本ケースで論じる実益

甲がVにワインを贈った行為につき、殺人未遂罪（199条、203条）が成立するか。本件では、甲ではなく宅配業者が劇薬入りのワインをV宅まで運んでいるため、甲に実行行為性が認められるかが問題となる。

また、乙が注射行為を行っており、甲は直接的な行為をしていない。そこで、甲に実行行為性が認められるかが問題となる。

2 基本事項

間接正犯とは、他人を道具として利用し、あたかも自ら直接に実行したと同様の態様で実行行為を行うことをいう。間接正犯の要件としては、①客観面として、利用行為によって被利用者の行為をあたかも道具のごとく一方的に支配・利用し、構成要件を実現する現実的危険性を生じさせること、②主観面として、利用者について、他人をあたかも道具のごとく利用し、自己の意思どおりに犯罪を自ら実現する意思があること、が挙げられる。

なお、間接正犯の成立要件のうち、主観面は、正犯意思を要するということ、故意犯の場合、利用者の行為に正犯性を認めうる事情を、利用者が認識する必要があることを意味する。その意味で、一般的な正犯意思の存否の判断基準が妥当すると考えられる。

3 本問における具体的検討**(1) 甲がVにワインを贈った行為について**

ア 実行行為とは、法益侵害の現実的危険性を有する行為をいう。他人を利用する場合であっても、被利用者を通して法益を侵害することは可能である。したがって、①他人を道具として利用し、自己の犯罪を実現する意思があり、②客観的には、利用行為により他人を一方的に支配・利用し、構成要件を実現する現実的危険性を生じさせれば、実行行為性が認められる。

イ 本件では、甲は宅配業者を利用して劇薬入りのワインをVに飲ませようとしており、他人を道具として利用し自己の犯罪を実現する意思がある（①）。また、宅配業者は荷物の中身を確認できず、宅配業者に頼めば宛先に配達されるのが通常であるから、宅配業者になんら規範的障害は生じ得ない。このことから、一方的に支配利用し、構成要件を実現する現実的危険性を生じさせているといえる（②）。

ウ したがって、間接正犯として実行行為性が認められる。

(2) 乙がVに注射をした行為について

ア 甲は、乙のA病院への就職を世話したことがあり、乙が甲に恩義を感じていることを知っていたことから、乙であれば甲の指示に忠実に従うと考えていた。したがって、乙を道具として利用し、自己の犯罪を実現する意思があったといえる（①）。

確かに、乙は甲から渡された容器を見て、同容器に薬剤名の記載が無いことに気付きながら、その中身を確認せずにVに注射している。このことから、一方的な支配・利用はないとも思える。しかし、乙は、甲の指示に従って熱中症の治療に効果のあるB薬と信じて注射している。B薬であると信じていることからすれば、違法性を意識していないといえる。また、甲は内科部長であり従属関係にあることからすれば、乙があえて甲の指示に逆らうとは考えられない。したがって、甲が乙を一方的に支配利用し、構成要件を実現する現実的危険性を生じさせたといえる (②)。

イ したがって、甲に実行行為性が認められる。

□□不能犯

(スタンダードテキスト刑法 1P. 273～280 参照)

1 本ケースで論じる実益

ワインに含まれていた劇薬は、致死量を満たしていない。そこで、不能犯として処罰されないのではないかが問題となる。

2 基本事項

(1) 学 説

A 主観説

行為者の主観的事実を基礎として、危険性を判断する。

A 1 純粹主観説

行為者が認識した事実を基礎として、行為者を基準として危険性を判断する。

(理由)

未遂犯の処罰根拠は、行為者の性格や意思の危険性にあるので、行為者に犯意があり、かつ犯意を実現しようとする行為がある以上、未遂犯の成立を認めてよい。

A 2 抽象的（主観的）危険説（木村）

行為当時において行為者が認識していた事実を基礎として、一般人が抽象的に結果発生の危険を感じるかを基準として判断する。

(理由)

危険性の内容を犯罪の実現の危険性として客観的に把握することで、A 1 説の問題点を回避することができる。

B 客観説

行為の客観的危険性を問題にする。

B 1 具体的危険説（団藤、大塚など）

行為当時において一般人が認識することができた事実及び行為者が特に認識していた事実を基礎として、一般人の見地に立って具体的に結果発生の危険を感じるかを基準に判断する。

(理由)

① 刑法は国民一般に向けられた行為規範であるから、実行行為の実質的な内容である結果発生の現実的危険性は、行為の具体的状況を基礎として一般人の見地から判断した類型的危険性であると解すべきである。

② 一般人の観点からは危険でない行為であっても、当該事実を行為者が特に知っていた場合には、結果発生の現実的危険が生じるといえる。

B 2 純粹客観説

行為時及び行為後に存在した全事実に基づいて、事後的に純科学的に危険

性を判断する。

B 3 (修正) 客観的危険説 (前田)

実行行為時に存在した客観的事情を基礎とし、行為時を基準にして、裁判官が一般人の視点で科学的・合理的に結果発生の確率を判断することにより、危険性の有無を判定する。

(理由)

- ① 危険性の程度を未遂犯の違法性の問題としてとらえるならば、危険性は客観的事情に基づいて判断すべきである。
- ② 立法者が行為時の一定の危険だけで処罰しようという政策決定をし、それが不当でない以上、政策的に未遂として結果発生前に処罰する必要がある場合には、行為時を基準とすべきであるから、行為時の危険性判断は必須である。
- ③ 危険性の有無につき、一般人の「不安感」まで考慮する必要はない。

B 4 仮定的蓋然性説 (西田、山口)

結果が発生しなかった原因・事情を究明すると同時に、いかなる事情の変更があれば結果が発生していたか、そして、その事情の変更についてどの程度の蓋然性があったのかを探求する。このような検討の結果、それでも結果発生の蓋然性がないか、極めて低いときには、危険性を否定して不能犯とする。

(理由)

厳密な事後的・科学的判断によれば、すべての未遂は不能犯となりかねない。

(2) 判 例

判例は、人を殺そうと硫黄を飲ませた事案については、その方法によっては殺害の目的を達することは絶対不能であるとして殺人未遂の成立を否定した(大判大6. 9. 10刑録23-999)のに対し、静脈に空気を注射したが量が足りなくて殺害の目的を達することができなかった事案については、科学的に見て死の結果発生の危険が絶対にはいえないとして殺人未遂としている(最判昭37. 3. 23刑集16-3-305、百選I〔第8版〕66事件)ことから、B2説に立っていると考えられている。しかし、客体の不能の場合には、判例は、B1説に立っていると解すべきであるとの評価もある(大判大3. 7. 24刑録20-1546)。

3 本問における具体的検討

- (1) 未遂犯か不能犯かの区別は構成要件該当性の問題であり、構成要件は社会通念に基づく類型であるから、社会通念に基づいた一般人の見地から判断すべきである。また、行為が主観と客観の統合体であることから、行為者の主観も考慮すべきである。したがって、行為時に一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎に、行為の時点に立って一般人が具体的に結果発生の危険を感じるか否かで判断する。

- (2) 本件についてみると、一般人は、甲に心臓疾患があることは通常認識し得ない。しかし、甲はVに心臓疾患があることを知っていた。また、甲はVがワイン好きで、2～3時間でワイン1本を飲み干すことを知っていた。加えて、甲は致死量を4ミリリットルと認識していた。以上に鑑みれば、一般人が認識し得た事情及び行為者甲が特に認識していた事情は、Vが心臓疾患であり、かつ、ワインが好きで、劇薬Xの致死量は4ミリリットルであることである。これを基礎に一般人を基準に考慮すれば、Vには心臓疾患があり、たとえ致死量が10ミリリットルであるにもかかわらず、実際に甲が認識していた致死量4ミリリットルの2倍である8ミリリットルの劇薬Xを心臓疾患があるVに摂取させれば、死亡する危険が十分あったといえる。とすれば、8ミリリットルの劇薬Xをワインに注入しVに贈る行為は、一般人を基準にしても具体的に結果発生の危険を感じるといえる。
- (3) したがって、不能犯にはあたらない。

□□実行の着手

(スタンダードテキスト刑法 1 P. 253～9 参照)

1 本ケースで論じる実益

本件では、宅配業者がワインを持ち帰っており、Vはワインを受け取っていない。そこで、実行の着手が認められるか、すなわち、未遂犯の成否が問題となる。

2 基本事項

(1) 実行の着手時期

ア 学説

A 主観説

「犯意の成立が、その遂行的行動により確定的に認められるとき」、あるいは、「犯意の飛躍的表動があったとき」に実行の着手を認める。未遂犯処罰において「行為者の危険性」を重視する立場といえよう。

＊ 法益侵害の具体的危険の観点を排除して、単に行為者の危険性が確定的にみられる時点に実行の着手を認めると、未遂犯処罰の範囲が余りにも広がりすぎるという批判がある。従って、現在では主観説を支持する者はほとんどいない。

B 客観説

B₁ 形式的客観説（構成要件を基準にして法益侵害の危険性を形式的に把握する立場）

構成要件の一部の実行の開始をしたときに実行の着手を認める。未遂犯処罰に関して行為がもたらす結果発生（法益侵害）の危険性を重視する立場である。

(理由)

「実行」とは、まさに、基本的構成要件に該当する行為であり、かような行為の開始が実行の着手にほかならない。

(批判)

① 何が構成要件に該当する行為かという問いに対するに、構成要件に該当する行為がこれだという答えをもってするに等しく、トートロジーである。

② 実行の着手を非常に遅い時期に認めることになり、不当である。

＊ そこで、形式的客観説は、実行の着手とは実行行為そのものの一部を開始することをいうのではなく、実行行為そのものに先行しこれと不可分で切り離せないような行為（直前行為）の開始時点において着手が認められると主張する。

B₂ 実質的客観説（実行の着手をもって結果発生の現実的危険性を惹起する行為を行うことと解し、法益侵害の危険性を実質的、現実的に把握する立場）

B₂₋₁ 実質的行為説

犯罪構成要件の実現に至る現実的危険性を含む行為を開始した時点に実行の着手を認める。

(理由)

未遂処罰は、実質的な「結果発生危険性の発生する行為の開始時点」に求めるが、「実行の着手」である以上、あくまで「行為」を開始する時点でなければならない。

B₂₋₂ 結果説

法益侵害の危険性が一定程度以上に達した時点に実行の着手を認める。

(理由)

未遂犯における違法性の問題である着手時期は、最終的には未遂として処罰すべき危険性の発生の有無から逆算するしかない。

イ 判 例

判例の立場は必ずしも明確ではないが、その多くはB₂説（実質的客観説）によっていると解する見解が有力である（最決昭40. 3. 9、最決昭45. 7. 28）。

(2) 間接正犯の実行の着手時期

かつては、以上で検討した実行の着手時期に関する対立は、離隔犯や間接正犯の実行の着手時期をいかに捉えるかにおいて顕在化するとされていた。即ち、間接正犯の実行の着手時期については、大別して利用者の行為時に実行の着手を認める利用者基準説、被利用者の行為時に実行の着手を認める被利用者基準説があるが、かかる対立は実行の着手時期に関する主観説と客観説に対応し、主観説は利用者基準説に、客観説は被利用者基準説に結び付くと解されていた。しかし現在では、実質的客観説の一類型である実質的行為説の中には利用者基準説を採用する見解も有力であり、また、未遂の結果犯としての性格が強調されてきたことから、この点については論理必然の関係にはないと考えるのが一般的になってきているといえよう。

ア 学 説

A 利用者基準説

利用者が行為（被利用者を犯罪に誘致する行為）を開始した時とする。

(理由)

- ① 実行行為は実行の意思に基づくものでなければならないが、間接正犯の場合には実行の意思は利用者だけが有するものである。
- ② 実行行為概念を規範的な観念から把握することを前提に、道具たる被利用者の身体的動静について実行行為を論ずることはできない。
- ③ 被利用者の行為は、利用者の実行行為に基づく因果の流れに過ぎない。
- ④ 利用者が被利用者に働きかけた時に犯罪構成要件の実現に至る現実的危険性が認められる。

(批判)

利用行為の段階では、未だ法益侵害の具体的危険が切迫しておらず、実行の着手時期が早すぎる。

B 被利用者基準説

被利用者が行為を開始した時とする。

(理由)

- ① 法益侵害の危険の切迫性を実行の着手の要件とすべきだから、行為の時期と実行の着手時期を分離させて考えるべきである。
- ② 実行行為概念を自然的観点から把握することを前提に、被利用者が行為を開始して初めて犯罪結果実現の具体的危険は切迫したものとなる。
- ③ 被利用者は純粋な道具と異なる意思主体であるから、利用者の意図の実現は被利用者の危険な行為の開始に依存する。

(批判)

- ① A説の理由①
- ② 間接正犯の被利用者には高度の精神病患者などのように、刑法的意味における行為をなし得ない者も含まれるが、そのような者の身体活動について実行の着手を論ずることは本来不可能なはずである。
- ③ 正犯たる利用者の実行の着手の有無が、被利用者という他人の勝手な動作によって左右されることになる。この他人は道具に例えられているとはいえ、他人任せはおかしい。

C 個別化説

結果発生 of 具体的危険が発生した時とする。当該利用行為は、結果発生 of 具体的危険の生じた段階で初めて未遂犯の構成要件該当性を取得することになる。

(理由)

- ① 「実行の着手」の概念は、当該行為が結果発生 of 具体的危険を生じさせた時に処罰するという「段階を画する概念」であるから、実行「行為」と実行の「着手時期」とは必ずしも同時である必要はない。
- ② 利用者が被利用者の行為を道具として利用する場合においても、必ずしも利用行為の開始が構成要件的结果発生 of 現実的危険を惹起するわけではないから、利用者の誘致行為が結果発生 of 現実的危険を惹起した場合に初めて実行の着手があると解すべきである。

イ 判 例

間接正犯の着手時期を正面から論じた判例はみあたらない。もっとも判例は、毒物を郵送して殺害しようとした事実に関して、毒物を発送した時ではなく、到着の時に着手を認めている（大判大7．11．16）。間接正犯の着手時期の学説でいえば被利用者基準説に対応する。

3 本問における具体的検討

- (1) 実行行為とは、法益侵害の現実的危険性を有する行為をいい、かかる危険性の発生は個々の具体的な事案によって変わり得るものである。そこで、間接正犯においても、行為の態様等の具体的事情を考慮して、法益侵害の現実的危険性が認められる場合に実行の着手を認めるべきである。

- (2) 本件では、宅配業者がV宅に訪れたものの、Vは留守であり、不在連絡表に気付

かなかったため、Vは実際にワインを受け取ることはなかった。このことからすれば、Vがワインを飲むことはなく、Vの生命を侵害する危険はなかったとも思える。

しかし、Vが不在であったのは偶然の事情に過ぎないし、不在連絡票があれば、宅配業者に問い合わせ再配達を受けるのが通常である。また、Vはワイン好きであり、ワインを受け取ればそれを飲む可能性が高い。このことからすれば、Vが再配達を受けてワインを飲酒して死亡する現実的危険性はあったといえる。

- (3) したがって、甲に実行の着手が認められる。

□□因果関係

(スタンダードテキスト刑法1P.59～79 参照)

1 本ケースで論じる実益

乙がVに注射した行為について、甲に殺人罪（199条）が成立するか。因果関係が認められるかが問題となる。

2 基本事項

(1) 判例

因果関係の存否の判断基準について、判例は、かつては条件説の立場であると説明されてきたが、最決昭42. 10. 24刑集21-8-1116（米兵轢き逃げ事件、百選Ⅰ〔第8版〕9事件）を契機に相当因果関係説に立場を改めたのではないかといわれた。しかし、その後、行為後に被害者の行為が介入した事案についての最決昭63. 5. 11刑集42-5-807（柔道整復師事件）や最決平4. 12. 17刑集46-9-683（夜間潜水訓練事件、百選Ⅰ〔第8版〕12事件）、行為後に第三者の行為が介入した事案についての最決平2. 11. 20刑集44-8-837（大阪南港事件、百選Ⅰ〔第8版〕10事件）などで相当因果関係説とは異質な考慮がなされているとも指摘されており、判例の立場は明確ではない。

* なお、最決平16. 2. 17刑集58-2-169の調査官解説（前田巖「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成16年度）』P.143）によると、「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。」とされる。

□ 最決平2. 11. 20刑集44-8-837（大阪南港事件、百選Ⅰ〔第8版〕10事件）

〔事案〕

Xが、洗面器等で被害者の頭部等を多数回殴打するなどの暴行を加えたところ、被害者は意識消失状態に陥った。Xは、被害者を大阪港の資材置き場まで運び、放置して立ち去ったところ、何者かが角材で被害者の頭頂部を殴打し、翌日未明被害者が死亡した。

〔決定要旨〕

「被告人は、昭和56年1月15日午後8時ころから午後9時ころまでの間、自己の営む三重県阿山郡伊賀町大字柘植町所在の飯場において、洗面器の底や皮バンドで本件被害者の頭部等を多数回殴打するなどの暴行を加えた結果、恐怖心による心理的圧迫等によって、被害者の血圧を上昇させ、内因性高血圧性橋脳出血を発生させて意識消失状態に陥らせた後、同人を大阪市住之江区南港所在の建材会社の資材置場まで自動車で運搬し、右同日午後10時40分ころ、同所に放置して立ち去ったところ、被害者は、翌16日未明、内因性高血圧性橋脳出血により死亡するに至った。ところで、右の資材置場においてうつ伏せ

の状態に倒れていた被害者は、その生存中、何者かによって角材でその頭頂部を数回殴打されているが、その暴行は、既に発生していた内因性高血圧性橋脳出血を拡大させ、幾分か死期を早める影響を与えるものであった、というのである。

このように、犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができ、本件において傷害致死罪の成立を認めた原判断は、正当である。」

＊ 前田教授は、本決定について、「実行行為の有する結果発生の高危険性が高い」ことを前提に、「いかに致命傷を与えても、意図的な凶器による殺害行為が介在したような場合には、因果関係は否定される。その意味で、㊸介在事情の異常性（実行行為との結びつき）、㊹介在事情の結果への寄与度も吟味されなければならない。」とした上で、「㊸本件では、人気のない資材置場に意識消失状態のAを放置したことが、角材による暴行を可能としたといえなくもなく、㊹すでに洗面器等による殴打により、死因となるに十分な脳内の出血が生じており、角材による暴行は幾分か死期を早める影響を与えたに止まるとの原審の認定を前提にする限り、介在事情の結果への寄与度も絶対的なものとはいえない」とする（前田雅英『最新重要判例250 刑法』（弘文堂、第10版、2015）P.22（21事件解説））。

また、本決定の採用する因果関係の判断方法につき、曾根教授は、「本決定が因果関係論におけるどのような立場に立っているかは明らかでないが、職権判断により、条件説の立場からは必ずしも不可欠とはいえない行為後の事情に言及している点からみて、相当因果関係説との間に親近性をもつものとみることができよう。」と述べている（曾根威彦「判批」法学セミナー437号P.122）。

一方、山中教授は、「本件の事案は、相当因果関係説による説明が実務的でもなく、理論的に説得的でもない典型的なケースである」とし、「本判決には、相当因果関係説の観点からは全く見られない」と評する（山中敬一「判批」平成2年度重要判例解説P.143（刑法15事件解説））。

□ 最決平16. 2. 17刑集58-2-169

「1 原判決の認定及び記録によると、本件傷害致死事件の事実関係等は、次のとおりである。

- (1) 被告人は、外数名と共謀の上、深夜、飲食店街の路上で、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。
- (2) 被害者は、受傷後直ちに知人の運転する車で病院に赴いて受診し、翌日未明までに止血のための緊急手術を受け、術後、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つ

た。

(3) しかし、その日のうちに、被害者の容体が急変し、他の病院に転院したが、事件の5日後に上記左後頸部刺創に基づく頭部循環障害による脳機能障害により死亡した。

(4) 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、それが原因で容体が悪化したと聞いている旨述べているところ、被害者が医師の指示に従わず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い。

2 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。」

□ 最決平22. 10. 26刑集64-7-1019（下線部辰巳）

「(1) 所論は、言い間違いによる本件降下指示は危険なものではなく過失行為に当たらず、本件ニアミスは、上昇RAに反した907便の降下という本件降下指示後に生じた異常な事態によって引き起こされたものであるから、本件降下指示と本件ニアミスとの間には因果関係がない上に、被告人兩名において、907便と958便が共に降下して接近する事態が生じることを予見できなかったのであるから、被告人兩名に対して業務上過失傷害罪が成立しない旨主張する。

(2) そこで検討すると、…被告人Aが航空管制官として担当空域の航空交通の安全を確保する職責を有していたことに加え、本件時、異常接近警報が発せられ上昇中の907便と巡航中の958便の管制間隔が欠如し接触、衝突するなどのおそれが生じたこと、このような場面においては、巡航中の958便に対して降下指示を直ちに行うことが最も適切な管制指示であったことを考え合わせると、被告人Aは本来意図した958便に対する降下指示を的確に出すことが特に要請されていたというべきであり、同人において958便を907便と便名を言い間違えた降下指示を出したことが航空管制官としての職務上の義務に違反する不適切な行為であったことは明らかである。そして、この時点において、…TCASの機能、…本件降下指示が出されたところの両機の航行方向及び位置関係に照らせば、958便に対し降下RAが発出される可能性が高い状況にあったといえることができる。このような状況の下で、被告人Aが言い間違いによって907便に降下指示を出したことは、ほぼ同じ高度から、907便が同指示に従って降下すると同時に、958便も降下RAに従って降下し、その結果両機が接触、衝突するなどの事態を引き起こす高度の危険性を有していたというべきであって、業務上過失傷害罪の観点からも結果発生の危険性を有する行為として過失行為に当たると解される。被告人Aの実地訓練の指導監督者という立場にあった被告人Bが言い間

違いによる本件降下指示に気付かず是正しなかったことも、同様に結果発生
の危険性を有する過失行為に当たるといふべきである。

また、因果関係の点についてみると、907便のC機長が上昇RAに従う
ことなく降下操作を継続したという事情が介在したことは認められるものの、
…管制指示とRAが相反した場合に関する規定内容や…降下操作継続の理由
にかんがみると、同機長が上昇RAに従わなかったことが異常な操作などと
はいえず、むしろ同機長が降下操作を継続したのは、被告人Aから本件降下
指示を受けたことに大きく影響されたものであったといえるから、同機長が
上昇RAに従うことなく907便の降下を継続したことが本件降下指示と本
件ニアミスとの間の因果関係を否定する事情になるとは解されない。そうす
ると、本件ニアミスは、言い間違いによる本件降下指示の危険性が現実化し
たものであり、同指示と本件ニアミスとの間には因果関係があるといふべき
である。

さらに、被告人両名は、異常接近警報により907便と958便が異常接
近しつつある状況にあったことを認識していたのであるから、言い間違いに
よる本件降下指示の危険性も認識できたといふべきである。また、…TCAS
に関する被告人両名の知識を前提にすれば、958便に対して降下RAが
発出されることは被告人両名において十分予見可能であり、ひいては907
便と958便が共に降下を続けて異常接近し、両機の機長が接触、衝突を回
避するため急降下を含む何らかの措置を採ることを余儀なくされ、その結果、
乗客らに負傷の結果が生じることも予見できたと認められる。

以上によれば、被告人Aの言い間違いによる本件降下指示は、便名を言い
間違えることなく958便に対して降下指示を与えて、原判決罪となるべき
事実という907便と958便の接触、衝突等の事故の発生を未然に防止す
るという航空管制官としての業務上の注意義務に違反したものであり、被告
人Bが、被告人Aが958便に対し降下指示をしたものと轻信して、その不
適切な管制指示に気付かず是正しなかったことも、被告人Aによる不適切な
管制指示を直ちに是正して上記事故の発生を未然に防止するという、被告人
Aの実地訓練の指導監督者としての業務上の注意義務に違反したものだとい
ふべきである。そして、これら過失の競合により、本件ニアミスを発生させ
たのであって、被告人両名につき業務上過失傷害罪が成立する。これと同旨の
原判断は相当である。」

(2) 学 説

A 条件説

構成要件該当性を認めるためには行為と構成要件的结果との間に要求される因
果関係として「あればこれなし」の条件関係があれば足りる。

* もっとも、以下で説明するとおり、条件関係の存在は多数説たる相当因果関
係説においても前提とされている。

B 相当因果関係説

条件関係を前提とし、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因果関係を肯定すべきである。
(理由)

条件関係がある場合に構成要件該当性を直ちに肯定しては異常な因果経過をたどって生じた「偶然の結果」についても行為者に罪責を問うこととなり妥当でない。

＊ 相当因果関係説においては、「相当性」の判断を基礎付ける事実をいかに理解するかについて、さらに以下のように説が分かれている。

B₁ 主観説（学説としてはほとんど支持がない）

行為者が、行為の当時、認識した事情及び認識しえた事情を相当性判断の基礎事情とする。

(理由)

因果関係は帰責の問題であって、行為者の認識しえない事情まで考慮すべきではない。

(批判)

行為者に認識しえなくとも一般人からみれば当然認識しうる事情を全く排除する点で狭きに失する。

B₂ 折衷説（大谷）

行為の当時、行為者の立場に立って、一般人が認識しえた事情及び行為者が現に認識していた事情を相当性判断の基礎事情とする。

(理由)

因果関係は行為者にとって偶然的なものを帰責の範囲から除外するために必要なものであり、また、構成要件は責任類型として責任非難の前提となるものであるから、行為当時に行為者が認識した特別の事情も考慮すべきである。

(批判)

行為者の認識も考慮すると、行為者の認識の有無で因果関係があったりなかったりする。

B₃ 客観説（平野、曾根）

裁判官の立場に立って、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でも行為当時に一般人に予見可能な事情はすべて相当性判断の基礎事情にする。

(理由)

因果関係は客観的帰責の問題であるから、相当性判断にも客観的事情を取り入れるべきである。

(批判)

一般人ですら知りえない特殊な事情を基礎に因果関係を認めることになり、行為者に酷である。

C 客観的帰属論（山中）

客観的帰属論とは、「結果を行為者のしわざとして行為者に帰属しうるかどうか」を問題とし、行為者の行為が行為客体に対して許された危険とはいえないような危険を創出し（危険創出）、その危険が具体的な結果に実現した（危険実現）という場合に結果を行為に帰属させる（因果関係を認める）ことができるという見解である。

（理由）

実行行為による構成要件の結果惹起の過程とは、実行行為に認められる、構成要件の結果を惹起する客観的な危険性が実際に結果に現実化したかということであり、このように解することは応報の観点から偶然的な結果惹起を処罰の対象から外すという因果関係の役割からも支持される。

また、相当因果関係説への批判として、①上記B₁～B₃説の対立からも分かるとおり、行為の危険性をいかなる事情を基礎として判断するかに問題があること、②因果経過が通常とはいえないものの行為の危険が結果へと現実化したということがあり得ることという2点の問題があり、判例も相当因果関係説を支持しているとはいえない。

- * 客観的帰属論は山中教授が主導的に提唱されているが、山口教授も客観的帰属論の枠組みは十分支持し得るとした上で、「行為の危険性が結果へと現実化したか」を基準に因果関係を判断すべきだとして、実質的に客観的帰属論に近い見解を主張している。この見解では、危険の現実化を判断する段階で事実的つながりをも評価するので、条件関係を別途検討することなく、端的に危険の現実化の有無を問うことになる。
- * 介入行為との関係で危険の現実化を評価するに当たっては、①行為者の行為によって既に結果を惹起する決定的な原因が作り出された場合（直接実現型）と②そのような決定的原因が作り出されておらず、事後的に介入した被害者又は第三者の行為によって結果の直接的決定的原因が作り出された場合（間接実現型）を分け、前者においては介入事情の経験的通常性は必要不可欠の要件でないと考える一方、後者では経験的通常性が重要な意義を有するという理解がある（山口厚「因果関係(2)」『刑法の争点』（有斐閣、2007）P. 22）。

- * なお、只木誠教授は、まず、「現時点での判例の立場は、『行為の危険性が結果へと現実化したか』どうかを基準としているといわれている。」と指摘される。

その上で、「このような判例理論は、①予見可能な事情であれば、行為の危険性の大小、寄与度の大小を問わずこれを相当性の判断に組み込み、②予見不可能であれば、これを相当性判断に入れず、行為の危険性の程度と介在事情の結果への寄与度を勘案し、前者が大きく後者が小さければ相当性あり、その逆であれば相当性なし、というように両者の相関関係に判断を依存させているともいえよう。」と判例理論をまとめられている（島伸一編『たのしい刑法Ⅰ総論』（弘文堂、2012）P. 87（只木誠執筆））。

3 本問における具体的検討

因果関係の機能は、社会通念上偶然に発生したとみられる結果を刑法的評価から除去し、処罰の適正を図ることにある。そこで、条件関係の存在を前提に、生じた結果が実行行為の危険を現実化したものと評価できる場合には、因果関係が肯定されるものと解すべきである。そして、具体的には、①当該行為の結果発生の危険性の大小、②介在事情の異常性の大小、③介在事情の結果への寄与度の大小を総合考慮する。

①甲は乙に対して、6ミリリットルの劇薬Yを入れた容器を渡している。劇薬Yの致死量が6ミリリットルであることからすると、本件甲の行為はVの死の結果発生の危険性が大きい行為といえる。②Vの心臓疾患は、通常では判別し得ないものであり、異常性が大きい。また、医師である乙が容器の中身を確認せずにVに注射するという行為も異常性が大きいといえる。③しかし、実際には3ミリリットルしか注射されていないものの、本件では6ミリリットルの劇薬を注射しようとしており、Vに心臓疾患がなくても致死量の注射がなされていた可能性が高い。また、甲は乙が自身に恩義を感じていることを知った上で本件指示をしている以上、乙が甲の指示に逆らわずにVに対して注射する可能性が高い。以上より、②の事情の結果発生への寄与度は小さいといえる。

したがって、因果関係が認められる。

□□その他の犯罪の概要

1 業務上過失致死傷罪（211条前段）

（スタンダードテキスト刑法2P.43～4参照）

(1) 意 義

本罪は、行為者の過失が業務上のものである場合における過失致死傷罪の加重類型である。

(2) 主 体

死傷の結果を惹起しやすい業務に従事する者である（不真正身分犯）。

ア 「業務」とは、「人が社会生活上の地位に基き反復継続して行う行為であって、かつその行為は他人の生命身体等に危害を加える虞あるもの」（最判昭33.4.18、最決昭60.10.21）。

イ 「業務」は、主たる職業であることを要せず（大判大12.8.1）、本務であると兼務であるとを問わない（最判昭26.6.7）。

ウ 業務は反復継続的に行われるものでなければならない。しかし、継続して従事する意思があれば、ただ1回の行為でも業務となるとするのが通説である。

エ 業務は適法なものでなくともよい。

(3) 行 為

業務を行う際に要求される注意義務に違反し、よって人を死傷に至らしめることである。

2 虚偽診断書等作成罪

（スタンダードテキスト刑法2P.431～3参照）

(1) 意 義

本条は、医師が公務所に提出すべき診断書等の、特殊かつ重要な私文書につき無形偽造を処罰するものである。

(2) 主 体

「医師」である（真正身分犯）。

「医師」とは、資格を有する私人たる医師をいう。

公務員たる医師が本罪の行為をした場合は、虚偽公文書作成罪（156条）となる。

(3) 客 体

「公務所に提出すべき診断書、検案書又は死亡証書」である。保険会社に提出する診断書に虚偽の記載をしても本罪は成立しない。

「診断書」とは、医師が自ら行った診察の結果に関する判断を行い、人の健康上の

状態を証明するために作成する文書をいう。

「検案書」とは、医師が死体につき死因、死期、死所等の事実を医学的に確認した結果を記載した文書をいう。

「死亡証書」とは、いわゆる死亡診断書（医師法20条）のことをいう。

(4) 行 為

「虚偽の記載」をすることである。

ア 「虚偽の記載」

自らの医学的判断に反してまたは真実に反する事項を記載すること

イ 主観的要件

行使の目的が明記されていないが、「公務所に提出すべき」と規定されているところから、公務所への提出の目的が必要とされる。

ウ 本罪の既遂は虚偽の診断書等が作成された時点であり、公務所に提出されたことを要しない。

3 偽造私文書等行使罪

（スタンダードテキスト刑法2P.432～3 参照）

(1) 客 体

「前2条の文書又は図画」（偽造・変造された権利、義務又は事実の証明に関する私文書・私図画および医師が虚偽記載をした公務所に提出すべき診断書等）である。

(2) 行 為

「行使」である。なお、虚偽診断書等行使罪の「行使」とは、公務所に提出することである。

4 証拠隠滅等罪

（スタンダードテキスト刑法2P.505～510 参照）

(1) 保護法益

犯人蔵匿等罪（103条）と同様、国家の刑事司法作用である。

(2) 客 体

「他人の刑事事件に関する証拠」である。

ア 「他人」

自己以外の者、すなわち行為者以外の者

自己の刑事被告事件の証拠を隠滅する行為が不処罰とされている根拠については、このような行為を処罰することが刑事訴訟法における被告人の防御の地位と相容れない点にあるとするのが判例（最決昭40.9.16）である。

これに対して、このような行為は、人間の自然な心情に基づくものであって、期待可能性が乏しいから処罰されないとする見解も有力である。

イ 証拠は「刑事事件」に関するものであることを要する。

なお、平成7年改正により「被告」の語が削られ、捜査段階にある被疑事件、さらには将来被疑事件になる可能性のあるものも含まれることが明確になった。

ウ 「証拠」

犯罪の成立、刑の量定に関する一切の証拠資料

(3) 行為

①証拠を「隠滅」すること、②「偽造若しくは変造」すること、③偽造・変造の証拠を「使用」することである。

ア 「隠滅」

証拠の顕出を妨げ、または証拠としての価値を滅失、減少させる行為

物理的に滅失させることに限らず、証人・参考人となるべき者を逃避・隠匿する行為も含む（参考人について、最決昭36. 8. 17、百選Ⅱ〔第8版〕118事件）。

イ 「偽造」とは、存在しない証拠を新たに作成することをいう。

「変造」とは、真実の証拠に加工してその証拠としての効果に変更を加えることをいう。

ウ 「使用」とは、偽造・変造の証拠を真正なものとして提出することをいう。

5 犯人蔵匿罪

（スタンダードテキスト刑法2P. 500～505 参照）

(1) 意義・保護法益

本罪は、犯人・逃走者を蔵匿または隠避し、刑事の裁判または刑の執行を免れさせる行為を処罰することにより、国家の刑事司法作用を侵害することを防止するものである。

(2) 主 体

犯人自身は主体とはならない。

その根拠について、判例（最決昭40. 2. 26、最決昭60. 7. 3）は、自身による蔵匿・隠避行為は、刑事被告人の防御の自由の範囲内に属するからであるとする。

学説では、犯人自身が自ら蔵匿・隠避する行為は典型的に期待可能性がないからとする見解が有力である。

(3) 客 体

ア 「罰金以上の刑に当たる罪を犯した者又は拘禁中に逃走した者」である。

イ 「拘禁中に逃走した者」

法令により拘禁されている間に逃走した者

逃走自体が犯罪を構成する必要はない。自ら逃走した者のほか、奪取された者を含む。

(4) 行 為

「蔵匿し、又は隠避させ」ることである。

ア 「蔵匿」：官憲による発見・逮捕を免れるべき隠匿場所を提供すること

イ 「隠避」：蔵匿以外の方法により官憲による発見・逮捕を免れしめるべき一切の行為（大判昭5．9．18）

ウ 官憲による発見、身柄の拘束を困難にするおそれを生じさせれば足りるから、本罪は抽象的危険犯である。

(5) 故 意

客体である被蔵匿者が「罰金以上の刑に当たる罪を犯した者」であること、または「拘禁中に逃走した者」であることを認識し、かつ、これを蔵匿・隠避することを認識して行為に出ることである。

□□平成29年予備試験出題趣旨刑法

本問は、(1)医師甲が、劇薬Xを混入したワインをVに飲ませてVを殺害しようと考え、劇薬Xをワインの入った瓶に注入し、同瓶をV宅宛に宅配便で送ったが、V宅が留守であったため、Vが同瓶を受け取ることはなかったこと（Vの心臓には特異な疾患があり、そのことを甲は知っていた。また、劇薬Xの致死量は10ミリリットルであり、甲は致死量を4ミリリットルと勘違いしていたところ、Vを確実に殺害するため、8ミリリットルの劇薬Xを同瓶に注入したが、Vがその全量を摂取した場合、死亡する危険があった。）、(2)甲が、Vに劇薬Yを注射してVを殺害しようと考え、医師乙に6ミリリットルの劇薬Yを渡してVに注射させたところ、Vが痛がったため、3ミリリットルを注射したところで注射をやめたが、Vは劇薬Yの影響により心臓発作を起こし、急性心不全により死亡したこと（乙は、甲から渡された容器に薬剤名の記載がないことに気付いたが、その中身を確認せずにVに劇薬Yを注射した。また、甲は、劇薬Yの致死量が6ミリリットルであること、心臓に特異な疾患があるVに3ミリリットルの劇薬Yを注射すれば、Vが死亡する危険があることを知っていたが、乙は、Vの心臓に特異な疾患があることを知らなかった。）、(3)公務員ではない医師乙が、専ら甲のために虚偽の死因を記載したVの死亡診断書を作成し、Vの母親Dを介して、同死亡診断書をC市役所に提出したことを内容とする事例について、甲及び乙の罪責に関する論述を求めるものである。

甲の罪責については、殺人未遂罪又は殺人予備罪、殺人罪の成否を、乙の罪責については、業務上過失致死罪、虚偽診断書作成罪及び同行使罪、証拠隠滅罪、犯人隠避罪の成否を検討する必要があるところ、事実を的確に分析するとともに、各罪の構成要件、離隔犯における実行の着手時期、未遂犯と不能犯の区別又は予備行為の危険性、間接正犯の成否、因果関係の有無等に関する基本的理解と事例への当てはめが論理的一貫性を保って行われていることが求められる。

〔予備試験合格者再現答案〕（A評価）

◇ MEMO ◇

1 第1 乙の罪責

2 1 VにYを注射した行為に、業務上過失致死罪（刑法
3 （以下法名省略）211条）が成立しないか。

4 (1) 乙はA病院の内科に勤務する医者であり、社会生活
5 上の地位に基づき反復継続して人の生命に危険を生じ
6 させる仕事に従事しているから、上記行為は「業務」
7 上なされたといえる。

8 (2) 中身を確認しないまま注射をした点で、刑事上の過
9 失があるとされているから、「必要な注意を怠っ」て
10 いる。

11 (3) そして、「よって」Vを「死」亡させている。

12 (4) したがって同罪が成立する。

13 2 死亡診断書用紙に虚偽の死因を記載し、Dに渡した行
14 為に、虚偽診断書作成罪及び同行使罪（160条、16
15 1条）が成立しないか。

16 (1) 乙は「医師」にあたる。

17 (2) 上記用紙は、C市役所という「公務所」に「提出す
18 べき…死亡証書」にあたる。

19 (3) 実際はYの注射により死亡したにもかかわらず、熱
20 中症に基づく多臓器不全で死亡したと「虚偽の記載」
21 をしている。

22 (4) そして、Dの認識しうる状態に置き「行使」してい
23 る。

24 (5) したがって、両罪が成立する。

25 3 後述のように「罰金以上の刑に当たる罪」である殺人
26 罪を「犯した者」である甲を、官憲の発見から免れさせ
27 ようとして「隠避させ」た行為につき、犯人隠避罪（1
28 03条）が成立する。

29 4 甲という「他人」の「刑事事件に関する証拠」となる
30 上記診断書を無形「偽造」した行為に、証拠偽造罪（1
31 04条）が成立する。

32 5 以上より、(a)業務上過失致死罪、(b)虚偽診断書作成罪、
33 (c)虚偽診断書行使罪、(d)犯人隠避罪、(e)証拠偽造罪が成
34 立する。(b)と(c)は罪質上通例「手段」と目的の関係にあ
35 るので牽連犯（54条1項後段）となり、(b)と(d)と(e)は
36 社会通念上「一個の行為」であるから観念的競合（同項
37 前段）となって、これらと(a)は併合罪（45条前段）と
38 なる。

39 第2 甲の罪責

1 劇薬Xを注入したワインをV宅宛てに宅配便で送った行為に、殺人未遂罪（203条・199条）が成立しないか。

(1) 未遂犯の処罰根拠は、法益侵害惹起の現実的危険性を生じさせた点にある。そして、刑法の一般予防の観点から、かかる危険性の有無は、一般人を基準に、一般人が認識しうる事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎として、行為時点について判断すべきである。

(2) 甲はワインに8ミリリットルのXを注射している。甲はXの致死量を4ミリリットルと勘違いしており、甲基準では致死量の倍のXが注射されているが、一般人基準ではなお致死量は10ミリリットルなのであって、致死量に満たないとも思える。

しかし、甲はVの心臓に特異な疾患のあることを特に認識している。すると、上記疾患のあるVに8ミリリットルのXを飲ませることは、一般人基準でもV死亡の現実的危険性があるといえる。

(3) したがって、同罪が成立する。

2 乙にVへの注射を指示し、6ミリリットルのYを入れた容器を渡した行為に、殺人罪の間接正犯（199条）が成立しないか。

(1) まず、上記行為に実行行為性が認められるか。

ア 実行行為とは、法益侵害を惹起する現実的危険性を有する行為をいうところ、間接正犯であっても被利用者を介することで当該危険性を生じさせることはできる。そこで、①正犯意思があり、②利用者の行為の因果経過に対する一方的な支配利用が認められれば、実行行為性が認められると解する。

イ 甲には、浪費癖のあるVと別れたいという個人的な動機に基づき、Vの殺人を自己の犯罪として実現する①正犯意思がある。

確かに、乙は容器の中身を確認しないという過失によってVを死亡させており、一方的支配利用は認められないとも思える。しかし、乙はVに何ら個人的な恨みも持っておらず、故意犯の実現に対してはなお規範的障害があったと考えられる。そして、甲は乙が自己への恩義を感じているという関係を利用して、自己の指示に従って乙が自動的にVに注射をするという状況を作り出している。そのため、②乙の注射行為の因果経過に対する一方的な支配利用が

81 認められる。

82 ウ したがって、実行行為性が認められる。

83 (2) 次に、乙は3ミリリットルを注射した時点で注射を
84 やめたにもかかわらず、Vの心臓に特異な疾患があっ
85 たためにVは死亡しているところ、因果関係は否定さ
86 れないか。

87 ア 因果関係は、行為時の客観的な全事情を基礎とし
88 て、行為の危険性が結果へと現実化した場合に、認
89 められると解する。

イ Vの心臓に特異な疾患があったという事情を基礎
 とすると、上記行為にはもともと3ミリリットルの
 注射時点でVを死に至らしめる危険性があったので
 あり、実際のVの死亡もかかる危険性が現実化した
 ものにすぎない。

95 ウ したがって、因果関係も否定されない。

96 (3) よって、同罪が成立する。

97 3 以上から、殺人未遂罪と殺人罪が成立し、両者は併合
98 罪となる。

99 以 上

【MEMO】

【答案例】（辰巳法律研究所作成）

◇ MEMO ◇

1 第1 甲の罪責

2 1 甲がVにワインを贈った行為につき、殺人未遂罪（1
3 99条、203条）が成立するか。

4 (1) まず、甲に実行行為性が認められるかが問題となる。

5 ア 実行行為とは、法益侵害の現実的危険性を有する
6 行為をいう。そこで、①他人を道具として利用し、
7 自己の犯罪を実現する意思があり、②客観的には、
8 利用行為により他人を一方的に支配・利用し、構成
9 要件を実現する現実的危険性を生じさせれば、実行
10 行為性が認められると解する。

11 イ 本件では、甲は宅配業者を利用して劇薬入りのワ
12 インをVに飲ませようとしており、他人を道具とし
13 て利用し自己の犯罪を実現する意思がある（①）。
14 また、宅配業者に頼めば宛先に配達されるのが通常
15 であるから、一方的に支配利用し、構成要件を実現
16 する現実的危険性を生じさせているといえる（②）。

17 ウ したがって、間接正犯として実行行為性が認めら
18 れる。

19 (2) 次に、劇薬Xの量は致死量に満たないことから、不
20 能犯とならないかが問題となる。

21 ア 未遂犯か不能犯かは構成要件該当性の問題である。
22 また、行為が主観と客観の統合体であることから、
23 行為時に一般人が認識し得た事情及び行為者が特に
24 認識していた事情を基礎に、行為の時点に立って一
25 般人が具体的に結果発生 of 危険を感じるか否かで判
26 断する。

27 イ 本件についてみると、甲は、Vの心臓疾患及びV
28 がワイン好きであることを知っていた。加えて、甲
29 は致死量を4ミリリットルと認識していた。以上に
30 鑑みれば、Vが死亡する危険が十分あったといえる。
31 とすれば、8ミリリットルの劇薬Xをワインに注入
32 しVに贈る行為は、一般人を基準にしても具体的に
33 結果発生 of 危険を感じるといえる。

34 ウ したがって、不能犯にはあたらない。

35 (3) さらに、Vはワインを受け取っていない。そこで、
36 実行の着手が認められるか。

37 ア 実行行為とは、法益侵害の現実的危険性を有する
38 行為をいう。間接正犯においても、行為の態様等の
39 具体的事情を考慮して、法益侵害の現実的危険性が

認められる場合に実行の着手を認めるべきである。

イ 不在連絡票があれば、再配達を受けるのが通常であり、再配達されればVがワインを飲む可能性が高い。したがって、Vがワインを飲酒して死亡する現実的危険性はあったといえる。

ウ したがって、甲に実行の着手が認められる。

(4) そして、甲には故意（38条1項本文）がある。また、死亡の結果は生じていない。

(5) よって、甲に殺人未遂罪が成立する。

2(1) 乙がVに注射した行為について、甲に殺人罪（199条）が成立するか。甲に実行行為性が認められるか、前述の基準にしたがい判断する。

ア 甲は、乙であれば甲の指示に忠実に従うと考えていた。したがって、乙を道具として利用し、自己の犯罪を実現する意思があったといえる（①）。また、乙は、甲の指示に従って熱中症の治療に効果のあるB薬と信じて注射しており、違法性を意識していないといえる。また、甲は内科部長であり、乙があえて甲の指示に逆らうとは考えられない。したがって、甲が乙を一方的に支配利用し、構成要件を実現する現実的危険性を生じさせたといえる（②）。

イ したがって、甲に実行行為性が認められる。

(2) 結果として、Vは死亡している。

(3) では因果関係が認められるか。

ア 因果関係は、生じた結果が実行行為の危険を現実化したものと評価できる場合には、肯定されるものと解すべきである。そして、具体的には、①当該行為の結果発生の危険性の大小、②介在事情の異常性の大小、③介在事情の結果への寄与度の大小を総合考慮する。

イ ①甲は乙に対して、致死量の劇薬Yを入れた容器を渡しており、Vの死の結果発生 of 危険性が大きい。他方、②Vの心臓疾患は、通常では判別し得ないのであり、異常性が大きい。また、医師である乙が容器の中身を確認せずにVに注射するという行為も異常性が大きいといえる。③しかし、実際には3ミリリットルしか注射されていないものの、本件では6ミリリットルの劇薬を注射しようとしており、Vに心臓疾患がなくても致死量の注射がなされていた可能性が高い。以上より、②の事情の結果発生への寄与度は小さいといえる。

81 ウ したがって、因果関係が認められる。

82 (4) では、故意が認められるか。

83 ア 故意責任の本質は、規範をあえて乗り越えたこと
84 に対する道義的非難にあり、規範は構成要件により
85 与えられている。そして、因果関係も構成要件要素
86 である。そこで、現に発生した事実と行為者の認識
87 した事実が危険の現実化の範囲内にある限り、故意
88 は阻却されないものと解する。

89 イ 本件についてみると、現に発生した事実について
90 は、危険の現実化の範囲内にある。また、甲の認識
91 は、致死量6ミリリットルをVに注射し死亡させる
92 というものであり、実際には3ミリリットルしか注
93 射されていないとしても、危険の現実化の範囲内に
94 あることは明らかである。

95 ウ したがって、甲には故意が認められる。

96 (5) よって、甲に殺人罪が成立する。

97 3 罪数

98 以上より、甲には、①Vに対する殺人未遂罪、②Vに
99 対する殺人罪が成立し、①と②は併合罪（45条前段）
100 となる。

101 第2 乙の罪責

102 1 Vに注射をした行為につき、業務上過失致死罪（21
103 1条前段）が成立するか。

104 (1) 「業務」とは、人が社会生活上の地位に基づき反
105 復・継続して行う行為であって、他人の生命・身体等
106 に危害を加えるおそれがあるものをいう。乙は、医師
107 であり、注射行為は薬品等を他人の体内に注入する行
108 為であるから、他人の生命・身体等に危害を加えるお
109 それがある。よって、「業務」といえる。

110 (2) 乙は容器の中身を確認しないという「過失」がある。
111 そして、Vは死亡しており、乙の過失とVの死亡との
112 間に因果関係も認められる。

113 (3) よって、乙に業務上過失致死罪が成立する。

114 2(1) 乙が、死亡診断書に虚偽の記載をした行為につき、
115 証拠偽造罪（104条）が成立するか。「他人の」刑
116 事事件に関する証拠を偽造したといえるかが問題とな
117 る。

118 (2) 自己の刑事事件に関して不可罰とされているのは、
119 期待可能性が認められないからである。したがって、
120 もっぱら他人のためにする意思でした場合は、「他人
121 の」刑事事件といえるものと解する。

(3) 本件で、甲には刑事責任が及ばないようにしたいと思ひ、専ら甲のために内容虚偽の診断書を作成している。よって、乙は「他人の」刑事事件に関する証拠を「偽造」したといえる。

よって、乙に証拠偽造罪が成立する。

3 乙が、死亡診断書に虚偽の記載をした行為について、公務員でない「医師」である乙が、「公務所」たるC市役所「に提出すべき」「死亡証書」である死亡診断書に、虚偽の死因という「虚偽の記載」をしていることから、乙に虚偽診断書作成罪が成立する。

4 乙は、Vの母親Dを通して、死亡診断書を内容の真実な文書としてC市役所に提出しているから、「行使」があったといえる。よって、虚偽診断書行使罪（161条1項）が成立する。

5 虚偽の死亡診断書をC市役所に提出した行為は、Vの死因の特定を困難にするものであるから、「隠避」（103条）にあたる。よって、乙に犯人隠避罪（103条）が成立する。

6 罪数

①Vに対する業務上過失致死罪、②証拠偽造罪、③犯人隠避罪、④虚偽診断書作成罪、⑤虚偽診断書行使罪が成立し、④と⑤は牽連犯の関係にある。そして、②と④及び③と⑤が観念的競合となる。それらの罪と①が併合罪となる。

以 上

採点基準表

○基本配点分（合計 40 点）

第 1 甲の罪責

1 殺人未遂罪又は殺人予備罪の成否

- (1) 実行の着手時期…………… 4 点
- (2) 未遂犯と不能犯の区別…………… 5 点
- (3) 間接正犯の成否…………… 5 点
- (4) 結論…………… 1 点

2 殺人罪の成否

- (1) 間接正犯の成否…………… 3 点
- (2) 因果関係の存否…………… 5 点
- (3) 故意の有無…………… 4 点
- (4) 結論…………… 1 点

第 2 乙の罪責

- 1 業務上過失致死罪の成否…………… 3 点
- 2 虚偽診断書作成罪の成否…………… 2 点
- 3 虚偽診断書行使罪の成否…………… 2 点
- 4 証拠隠滅罪の成否…………… 3 点
- 5 犯人隠避罪の成否…………… 2 点

○加点評価点…………… 5 点

問題文における事実をうまく使用してあてはめを丁寧に行っている答案など、採点をするにあたり特に評価すべき点が認められ、印象のよい答案であれば、5 点を上限として加点します。

○基礎力評価点…………… 5 点

事例解析能力・論理的思考力・法解釈適用能力・全体的な論理的構成力・文章表現力につき、5 点を上限として考慮します。

○合計得点…………… 50 点

基礎集中講義 1st (刑法)

短答問題・解説

〔第1問〕(配点：2)

次の【事例】及び【判旨】に関する後記1から5までの各【記述】のうち、正しいものはどれか。(解答欄は、[No. 1])

【事例】

甲は、手の平で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の独自の治療を施す特別の能力を有すると称していたが、その能力を信奉していたAから、脳内出血を発症した親族Bの治療を頼まれ、意識障害があり継続的な点滴等の入院治療が必要な状態にあったBを入院中の病院から遠く離れた甲の寄宿先ホテルの部屋に連れてくるようAに指示した上、実際に連れてこられたBの様子を見て、そのままでは死亡する危険があることを認識しながら、上記独自の治療を施すにとどまり、点滴や痰の除去等Bの生命維持に必要な医療措置を受けさせないままBを約1日間放置した結果、Bを痰による気道閉塞に基づく窒息により死亡させた。

【判旨】

甲は、自己の責めに帰すべき事由によりBの生命に具体的な危険を生じさせた上、Bが運び込まれたホテルにおいて、甲を信奉するAから、重篤な状態にあったBに対する手当てを全面的に委ねられた立場にあったものと認められる。その際、甲は、B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B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Bを死亡させた甲には、不作為による殺人罪が成立する。

【記述】

1. Aが甲に対してその特別の能力に基づく治療を行うことを真摯に求めていたという事情があれば、甲にはその治療を行うことについてのみ作為義務が認められるから、この判旨の立場から殺人罪の成立は否定される。
2. 判旨の立場によれば、この事例で甲に患者に対する未必的な殺意が認められなければ、重過失致死罪が成立するにとどまる。
3. 判旨は、不作為犯が成立するためには、作為義務違反に加え、既発の状態を積極的に利用する意図が必要であると考えている。
4. 判旨は、Aが甲の指示を受けてBを病院から搬出した時点で、甲に殺人罪の実行の着手を認めたものと解される。
5. 判旨は、先行行為についての甲の帰責性と甲による引受行為の存在を根拠に、甲のBに対する殺人罪の作為義務を認めたものと解される。

〔第1問解説〕 不作為による殺人

正解〔No.1〕 5

(司法試験H25-刑11)

本問は、不作為による殺人罪の成立を認めた最高裁として初めての判例である最決平17. 7. 4 (百選I〔第8版〕6事件、シャクティパット事件)を素材としたものである。

1 誤 り。判旨を検討すると、甲がa「自己の責めに帰すべき事由によりBの生命に具体的な危険を生じさせた」こと、及びb「Bが運び込まれたホテルにおいて、甲を信奉するAから、重篤な状態にあったBに対する手当てを全面的に委ねられた立場」にあったことが、「甲は、Bの重篤な状態を認識し」ていたこと等と相まって、甲に「直ちにBの生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる」という作為義務(本件作為義務)を生じさせ、その不作為を作為による殺人と同視し得るものと評価しているといえる。

本記述は、本件事例の事実関係に「Aが甲に対してその特別の能力に基づく治療を行うことを真摯に求めていたという事情」を加えるものであるが、かかる事情を加えたとして、なお、他のa bの事情等から本件作為義務の発生を認めることができ、甲には治療を行うことについてのみ作為義務が認められるとはいえないから、この判旨の立場からも、殺人罪の成立を肯定し得る。

したがって、本記述は誤っている。

2 誤 り。判旨は、甲に「未必的な殺意」の存在を認定し、殺人罪の成立を認めている。仮に、甲に未必的な殺意が認められない場合には殺人罪の成立は否定される。しかし、この場合であっても、甲には「直ちにBの生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる」という保護義務が認められるため、甲は保護責任者に当たり、保護責任者遺棄致死罪(刑法219条)が成立し得る。

したがって、本記述は誤っている。

3 誤 り。判旨は、不作為による殺人罪の成立を認めている。しかし、判旨は、甲に「未必的な殺意」の存在を認定しているが、「既発の状態を積極的に利用する意図」を認定せず、また、事例においても、甲が既発の状態を積極的に利用したという事情は存しない。

よって、判旨は、不作為犯が成立するためには、既発の状態を積極的に利用する意図が必要であると考えていないといえる。

したがって、本記述は誤っている。

4 誤 り。判旨は、Aが甲の指示を受けてBを病院から搬出した行為について、「自己の責めに帰すべき事由によりBの生命に具体的な危険を生じさせた」という、ホテルにおける不保護行為の先行行為として位置付けており、病院から搬出した時点での実行行為性を認めていない。

したがって、本記述は誤っている。

5 正しい。判旨を検討すると、a「自己の責めに帰すべき事由によりBの生命に具体的な危険を生じさせた」こと(＝先行行為についての甲の帰責性)、及びb「Bが運び込まれたホテルにおいて、甲を信奉するAから、重篤な状態にあったBに対する手当てを全面的に委ねられた立場」にあったこと(＝甲によ

る引受行為の存在)により、「甲は、Bの重篤な状態を認識し」ていたこと等と相まって、甲に「直ちにBの生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる」という作為義務(＝殺人罪の作為義務)を認めたものといえる。したがって、本記述は正しい。

【MEMO】

〔第2問〕（配点：2）

次の【事例】及び【見解】に関する後記1から5までの各【記述】のうち、正しいものはどれか。（解答欄は、〔No.2〕）

【事例】

Aは、殺意をもって、Bを狙い、けん銃を発射したところ、その弾丸がBを貫き、たまたまBの背後を通行中のCにも命中したが、B、C共に死亡しなかった。なお、Aは、けん銃を発射した時点で、Cの存在を認識していなかった。

【見解】

犯罪の故意があるとするには、罪となるべき事実の認識を必要とするものであるが、犯人が認識した罪となるべき事実と現実に発生した事実とが必ずしも具体的に一致することを要するものではなく、両者が法定の範囲内において一致することをもって足りる。人を殺す意思のもとに殺害行為に出た以上、犯人の認識しなかった人に対してその結果が発生した場合にも、その結果について殺人の故意があり、Bに対する所為についてはもちろんのこと、Cに対する所為についても殺人未遂罪が成立し、両罪は観念的競合となる。

【記述】

1. この【見解】によれば、甲が殺意をもって、乙を狙い、けん銃を発射したところ、弾丸が乙に命中したが、乙は死亡せず、乙を貫通した弾丸が甲が予期しなかった丙に命中して丙が死亡した場合、甲には、丙に対する殺人既遂罪が成立するが、乙に対する犯罪は成立しない。
2. この【見解】によれば、甲が殺意をもって、乙を狙い、けん銃を発射したところ、弾丸が乙に命中して乙が死亡し、乙を貫通した弾丸が甲が予期しなかった丙にも命中して丙も死亡した場合、甲には、乙に対する殺人既遂罪、丙に対する過失致死罪が成立する。
3. この【見解】に対しては、殺人罪は被害者ごとに成立する犯罪であるから、被害者の個別性は構成要件的に重要な事実であるとの批判がある。
4. この【見解】に対しては、いわゆる客体の錯誤の場合と方法の錯誤の場合とで故意の有無について結論が異なるのは不合理であるとの批判がある。
5. この【見解】に対しては、1人を殺す故意しかないのに、1人を殺した場合より処断刑が重くなるのは妥当ではないとの批判がある。

〔第2問解説〕 錯 誤

正解〔No.2〕 3

(司法試験H25-刑19)

設問の見解は、AにB及びCに対する殺人未遂罪の成立を認め、両罪は観念的競合（刑法54条1項前段）となるとしている。この見解は、法定的符合説及び数故意犯説である。法定的符合説とは、認識した犯罪事実と発生した犯罪事実とが構成要件において符合している限り、故意を阻却しないとする見解である。数故意犯説は、およそ人を殺す意思で人の死亡又は死亡の危険の結果（傷害）を生じさせた以上、認識していた犯罪事実について故意犯（殺人既遂又は未遂罪）が成立するほか、発生した犯罪事実についても結果の数だけ故意犯（殺人既遂又は未遂罪）が成立するとする見解である。判例も同様の処理をしている（最判昭53・7・28、百選I〔第8版〕42事件）。

1 誤 り。法定的符合説によれば、乙も丙も構成要件上は同じ「人」であり、甲が乙の殺害を認識した以上は、殺人の実行行為における客体の認識として欠けるところはなく、丙に対する故意が認められる。

また、数故意犯説によれば、乙に対する故意も、丙に対する故意も認めることができる。

よって、甲には丙に対する殺人既遂罪が成立するとともに、乙に対する殺人未遂罪が成立する。

したがって、本記述は、乙に対する犯罪は成立しないとしている点で、誤っている。

2 誤 り。甲は殺意をもって乙を狙いけん銃を発射したところ、乙に命中した弾丸が更に丙にも当たり、乙及び丙が死亡した場合、甲は1個の殺人の故意で2個の殺人の結果を生じさせたといえ、故意の個数が問題となる。

この場合、数故意犯説を採れば、**法定的符合説からも、乙だけでなく丙に対しても殺人罪の（刑法199条）の成立を肯定し得る。**

したがって、本記述は、丙に対する過失致死罪が成立するとしている点で、誤っている。

3 正しい。法定的符合説に対しては、法定的符合説と同様に構成要件該当事実を構成要件要素のレベルで抽象的に捉えることを認めつつ、法益主体の個別性・具体性を捨象できないとする立場（具体的符合説）から、殺人罪は被害者ごとに成立する犯罪であるから、被害者の個別性は構成要件的に重要な事実であるとの批判がある。

したがって、本記述は正しい。

4 誤 り。法定的符合説によれば、例えばXと思って殺したところ実はYであったときのように（人違い）、**客体の錯誤の場合、Yについての故意が認められる。**

また、法定的符合説及び数故意犯説によれば、Xを狙って発砲したところ意外のYに命中してYが死亡したというときのように（手違い）、行為の結果が認識内容と異なる客体に生じた**方法の錯誤の場合、X及びYの複数の客体について故意が認められる。**

したがって、本記述は誤っている。

5 誤 り。法定的符合説及び数故意犯説によれば、数個の故意を認めることができ、その罪数関係は観念的競合となる。罪数関係が観念的競合となるのであれば、

科刑上は1個の罪として扱われるから、処断上格別の不利益はない。

そのため、1人を殺す故意しかないのに、1人を殺した場合より処断刑が重くなるということにはならない。

したがって、本記述は誤っている。

【MEMO】

〔第3問〕（配点：3）

次の【事例】及び【判旨】に関する後記アからエまでの各【記述】を検討し、正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は、アからエまでの順に〔No. 3〕から〔No. 6〕）

【事例】

甲は、友人乙及び丙女と深夜歩道上で雑談していたところ、通り掛かったVから因縁を付けられ、Vが丙女の髪をつかんで引きずるなどの暴行を加えたため、乙と共に、丙女への暴行をやめさせるためにVの顔面を殴るなどした（以下、甲と乙が共にVの顔面を殴るなどした行為を「第1行為」という。）。Vは、一旦丙女への暴行をやめたものの、その後も甲らに悪態をついたため、更に乙においてVの顔面を殴ったところ（以下、乙がVの顔面を殴った行為を「第2行為」という。）、Vが転倒して重傷を負った。第2行為の際、甲はVに対し暴行を加えることも、乙の行為を制止することもなかった。

【判旨】

相手方の侵害に対し、複数人が共同して防衛行為としての暴行に及び、相手からの侵害が終了した後に、なおも一部の者が暴行を続けた場合において、侵害現在時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の暴行については、侵害現在時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべきであり、共謀の成立が認められるときに初めて侵害現在時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察し、防衛行為の相当性を検討すべきであるところ、甲に関しては、第1行為については正当防衛が成立し、第2行為については乙との間に新たに共謀が成立したとは認められないのであるから、第1行為と第2行為とを一連一体のものとして総合評価する余地はない。

【記述】

- ア．この判旨は、甲らによる第1行為が正当防衛に当たることから、第1行為と第2行為とを一体のものとして考慮するためには、第2行為についての新たな共謀が必要だと考えている。〔No. 3〕
- イ．この判旨は、甲らによる第1行為が正当防衛に当たることから、甲が乙による第2行為を防止する措置を講じなかったにもかかわらず、甲に共謀関係からの離脱を認めたものである。〔No. 4〕
- ウ．共同正犯について「構成要件に該当する違法な行為を共謀することによって成立する」と考える見解に立つと、この事例における甲の罪責について、この判旨と結論において一致することはない。〔No. 5〕
- エ．この判旨の立場からは、甲に第2行為についての新たな共謀が認められる場合には、甲に過剰防衛が成立する余地はない。〔No. 6〕

〔第3問解説〕正当防衛の共同の射程

正解〔No.3〕1、〔No.4〕2、〔No.5〕2、〔No.6〕2
(司法試験H24-刑16)

ア正しい。最判平6．12．6（百選Ⅰ〔第8版〕98事件）。本記述では、判旨が、第1行為と第2行為とを一体のものとして考慮するためには、第2行為についての新たな共謀が必要だと考えているかが問題となる。

判旨は、「侵害現在時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の暴行については、侵害現在時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべきであり、共謀の成立が認められるときに初めて、侵害現在時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察し、防衛行為の相当性を検討すべきである」としている。

判旨の結論に賛成する学説は、その理由として、第三者の権利を防衛する場合には、救助の目的を達したとしてその段階で攻撃意思を放棄する者の存在が考えられる以上、その者が自己または第三者の権利の防衛という適法行為に関与したことで不当にも追撃行為にも関与したとされてしまうことのないよう、追撃行為については改めて攻撃意思、さらには共同遂行意思の存在を厳格に再確認する必要があるということを挙げている。

よって、判旨は、第1行為と第2行為とを一体のものとして考慮するためには、第2行為についての新たな共謀が必要だと考えている。

したがって、本記述は正しい。

イ誤り。最判平6．12．6（百選Ⅰ〔第8版〕98事件）。本記述では、判旨が、甲が乙による第2行為を防止する措置を講じなかったにもかかわらず、甲に共謀関係からの離脱を認めたものといえるかが問題となる。

判旨は、「侵害現在時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の暴行については、侵害現在時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべきであり、共謀の成立が認められるときに初めて、侵害現在時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察し、防衛行為の相当性を検討すべきである」としている。

このように、判旨は、第2行為について、「侵害現在時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかではなく」としていることから、甲が乙による第2行為を防止する措置を講じなかったにもかかわらず、甲に共謀関係からの離脱を認めたものではない。

したがって、本記述は誤っている。

ウ誤り。本記述では、共同正犯について「構成要件に該当する違法な行為を共謀することによって成立する」という見解に立った場合に、判旨と結論において一致することはないといえるかが問題となる。

まず、本記述の見解に立った場合の甲の罪責について検討すると、本記述の見解では、「共同正犯は構成要件に該当する違法な行為を共謀することによって成立する」と考えると、本事例では、第1行為は正当防衛行為であ

って適法な行為であり、違法な行為ではないから、本記述の見解によると、**第1行為について共同正犯は成立しない。**

加えて、**第2行為については、甲は乙との共謀を交わしていないので、共同正犯は成立しない。**

それゆえ、**本記述の見解では、甲は不可罰という結論となる。**

次に、本事例における甲の罪責に関する判旨の結論について検討すると、**第1行為については正当防衛が成立し、第2行為については新たに共謀が成立したとは認められないため、甲は不可罰である。**

それゆえ、**本事例における判旨の結論は、甲は不可罰というものである。**

よって、本記述の見解に立つと、本事例における甲の罪責について、判旨と結論において一致する。

したがって、本記述は誤っている。

エ誤り。本記述においては、判旨の立場から、甲に第2行為についての新たな共謀が認められる場合には、甲に過剰防衛が成立する余地はないといえるかが問題となる。

判例は、「侵害終了後の暴行については、侵害現在時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべきであって、**共謀の成立が認められるときに初めて、侵害現在時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察し、防衛行為としての相当性を検討すべきである**」としている。

よって、甲に第2行為についての新たな共謀が認められた場合には、一連の行為を全体として防衛行為の相当性を検討し、防衛行為が相当性を欠く場合には、正当防衛の他の要件を満たしている限り、過剰防衛として刑の任意的減軽・免除の対象となる（刑法36条2項）。

したがって、本記述は誤っている。

【MEMO】

〔第4問〕（配点：2）

強盗の罪に関する次の1から5までの各記述を判例の立場に従って検討した場合、誤っているものはどれか。（解答欄は、〔No. 7〕）

1. 甲は、乙に対し、金品を奪うために、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加え、その反抗を抑圧して乙から財布を奪ったが、乙は財布を奪われたことに気付かなかった。甲には強盗既遂罪が成立する。
2. 甲は、乙宅で財布を窃取し、誰からも追跡されることなく、約2キロメートル離れた場所まで徒歩で移動した後、窃取した財布の中を見たが、予想していたよりも現金が少なかったことから、再び窃盗を行う目的で乙宅に戻り、玄関を開けたところ、帰宅していた乙に発見され、逮捕を免れるために、乙に対し、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加えた。甲には事後強盗既遂罪は成立しない。
3. 甲は、電車内で乗客のポケットから財布を窃取した直後、その犯行状況を目撃して甲を逮捕しようとした警察官乙に対し、逮捕を免れるために、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加えたが、乙に逮捕された。甲には事後強盗未遂罪が成立する。
4. 甲は、空き巣を行う目的で乙宅に侵入したところ、たまたま留守番をしていた乙の甥である10歳の丙に発見され、金品を奪うために、丙に対し、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加え、その反抗を抑圧して寝室のタンス内にあった乙名義の預金通帳と印鑑を奪った。甲には強盗既遂罪が成立する。
5. 甲は、飲食店において、代金を支払う意思及び能力がないのに、店長乙をだまして酒食を注文し、飲食した後、代金の支払いを免れるために、乙に対し、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加え、その反抗を抑圧して逃走し、代金請求を免れた。甲には強盗既遂罪が成立する。

〔第4問解説〕強盗の罪

正解〔No.7〕3

(司法試験H25-刑12)

1 正しい。最判昭23. 12. 24。本記述では、被害者が財物奪取を認識していない場合でも強盗罪（刑法236条1項）が成立するか否かが問題となる。

判例は、本記述と類似の事案において、「犯人が屋内に侵入して家人にピストル等を突きつけて脅迫した場合に家人は犯人が屋外に退去するに至るまで畏怖を感じ反抗を抑圧されることは当然であるから、犯人がその間家人の所持する財物を奪取すればそれは窃盗ではなく強盗であること言うまでもないことである。」とし、被害者が財物奪取を認識していない場合でも強盗罪の成立を肯定している。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、暴行、脅迫と財物、財産上の利益の奪取の間には反抗を抑圧して奪取したという因果関係が必要であるところ、たとえ被害者が知らない間に財物を取得した場合でも、暴行と財物奪取の間に因果関係が認められるということを挙げている。

本記述では、乙が財布を奪われたことに気付かなかったとしても、甲には強盗既遂罪が成立する。

したがって、本記述は正しい。

2 正しい。最判平16. 12. 10（百選Ⅱ〔第8版〕43事件）。本記述では、甲の乙に対する暴行が窃盗の機会の継続中になされたといえるかが問題となる。

判例は、本記述と類似の事案において、「被告人は、財布等を窃取した後、だれからも発見、追跡されることなく、いったん犯行現場を離れ、ある程度の時間を過ごしており、この間に、被告人が被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況はなくなったものというべきである。そうすると、被告人が、その後、再度窃盗をする目的で犯行現場に戻ったとしても、その際に行われた上記脅迫が、窃盗の機会の継続中に行われたものということとはできない。」としている。

本記述では、甲は誰からも追跡されることなく2キロメートル離れた場所まで移動し、その地点から再び乙宅に戻っているため、窃盗の機会の継続中とはいえず、事後強盗既遂罪（刑法238条）は成立しない。

したがって、本記述は正しい。

3 誤り。最判昭24. 7. 9。本記述では、事後強盗罪（刑法238条）の既遂、未遂はどのようにして決せられるかが問題となる。

判例は、事後強盗罪の既遂未遂は、先行する窃盗罪が既遂か未遂かによって決まるとする（最判昭24. 7. 9）。事後強盗罪の既遂、未遂は暴行脅迫自体の既遂未遂によって決まるわけではない。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、事後強盗罪は財産犯であり、窃盗自体が事後強盗罪の法益侵害の一部をなしていること、事後強盗罪の重要な構成要件要素であるということを挙げている。

本記述では、電車内で財布を窃取（刑法235条）しており、窃盗罪は既遂に達しているため、その後窃盗の機会に逮捕をしようとした警察官に暴行脅迫を行い逮捕されたとしても、窃盗が既遂である以上、事後強盗罪の既遂罪

が成立する。

したがって、本記述は、事後強盗未遂罪が成立するとしている点で、誤っている。

4 正しい。最判昭22. 11. 26。本記述では、強盗の手段としての暴行脅迫は、いかなる者に対してなされる必要があるかが問題となる。

判例は、本記述と同様の事案において、強盗罪の成立を認める。

その理由として、判例は、「およそ強盗罪の成立には目的を遂行するに障碍となる者に対してその反抗を抑圧するに足る暴行を加えるということでも十分であつて…暴行を受けるものが十分の意思能力を持つてゐることは必要ではない。…既に当10才といえは完全な意思能力はないまでも或程度物に対する管理の実力は持つてゐるというべきであつて同人が本件犯行の現場に居合せたことは被告人が同家の物を盗むという目的を遂行するのに障碍となつたことは疑のないところである。」ということを挙げている。

本記述では、乙の甥である10歳の丙がたまたま留守番のために乙宅に存在し、丙が財物を盗むという目的を達成するために障害となっているといえることから、丙に対してなされた暴行であっても、強盗既遂罪が成立する。

したがって、本記述は正しい。

5 正しい。最決昭61. 11. 18（百選Ⅱ〔第8版〕40事件）。本記述では、財物について詐欺罪の成立した後、代金の支払を免れる目的で暴行脅迫がなされた場合に、強盗罪が成立するかが問題となる。

判例は、XとYが共謀をし、Xが被害者から覚せい剤を窃取又は詐取した後、Yが被害者を拳銃で狙撃したが殺害の目的を遂げなかったという事案において、前記の事実関係自体から、「被告人による拳銃発射行為は、Aを殺害して同人に対する本件覚せい剤の返還ないし買主が支払うべきものとされていたその代金の支払を免れるという財産上不法の利益を得るためになされたことが明らかであるから、右行為はいわゆる2項強盗による強盗殺人未遂罪にあたるというべきであり…先行する覚せい剤取得行為がそれ自体としては、窃盗罪又は詐欺罪のいずれに当たるにせよ、前記事実関係にかんがみ、**本件は、その罪と（2項）強盗殺人未遂罪のいわゆる包括一罪として重い後者の刑で処断すべき**」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、財物そのものが詐欺罪により保護されるのと同様に、被害者の有する代金請求権も別個の保護に値するから、2罪の成立を認めるべきであるが、結局は同一の財産的利益であるから、包括一罪が成立するということを挙げている。

本記述では、甲には、1項詐欺罪（刑法246条1項）と2項強盗罪（刑法236条2項）が成立し得るが、重い2項強盗罪の包括一罪となるから、甲には強盗既遂罪が成立する。

したがって、本記述は正しい。

【MEMO】

〔第5問〕（配点：2）

詐欺罪又は恐喝罪に関する次のアからオまでの各記述を判例の立場に従って検討し、誤っているものを全て選んだ場合の組合せは、後記1から7までのうちどれか。（解答欄は、〔No.8〕）

ア．甲は、交通事故を装い保険会社から保険金をだまし取ろうと企て、自己の運転する自動車を道路脇の電柱に衝突させて自ら怪我をした。この場合、甲には、自動車を電柱に衝突させた時点で、詐欺未遂罪が成立する。

イ．甲は、警察官でないのに警察官を装い、窃盗犯人である乙に対し、「警察の者だが、取り調べる必要があるから差し出せ。」などと虚偽の事実を申し向けて盗品の提出を求め、これに応じなければ直ちに警察署に連行するかもしれないような態度を示したところ、乙は、逮捕されるかもしれないと畏怖した結果、甲に盗品を交付した。この場合、甲には、恐喝既遂罪が成立する。

ウ．甲は、無銭宿泊を企て、宿泊代金を支払う意思も能力もないのに、これらがあるように装い、民宿を営む乙に対し、宿泊を申し込んだところ、乙は、他の民宿から甲が無銭宿泊の常習者であることを聞いていたため、甲に宿泊代金支払の意思も能力もないことが分かったが、甲に憐憫の情を抱き、甲を宿泊させた。この場合、甲には、詐欺未遂罪が成立するにとどまる。

エ．甲は、通行中の乙から現金を喝取することを企て、乙に対し、反抗を抑圧するに至らない程度の脅迫を加えたところ、乙は、甲の脅迫により畏怖し、甲が乙の上着の内ポケットに手を入れて財布を抜き取ることを黙認した。この場合、甲には、恐喝未遂罪が成立するにとどまる。

オ．甲は、偽札を作る意思がないのに、乙に対し、一緒に偽札を作ることを持ちかけた上、偽札を作る機材の購入資金にすると嘘を言って資金の提供を求め、その旨誤信した乙から同資金として現金の交付を受けた。この場合、甲には、詐欺未遂罪も、詐欺既遂罪も成立しない。

1. アイウ 2. アエオ 3. アオ 4. イウ 5. イオ 6. エ 7. エオ

〔第5問解説〕詐欺罪・恐喝罪

正解〔No.8〕2

(司法試験H24-刑6)

ア誤り。大判昭7. 6. 15。本記述では、甲が自動車を電柱に衝突させた時点で詐欺罪の実行の着手が認められるかが問題となる。

判例は、保険金騙取の目的から家屋に放火したが、保険会社に対し保険金の支払い請求をしなかったという事案において、保険金騙取の目的で家屋に放火し、これを焼損したものの、**保険会社に対して保険金支払いの請求をしていないときは詐欺の着手とはならない**としている。そして、**放火行為は、詐欺罪に対しては単に準備行為たる関係にあるにとどまるとしている**。

本記述では、甲は自己の運転する自動車を電柱に衝突させて自ら怪我をしただけで、保険会社に保険金の請求をしていないのだから、詐欺罪の実行の着手は認められない。

よって、詐欺未遂罪は成立しない。

したがって、本記述は、詐欺未遂罪が成立するとしている点で、誤っている。

イ正しい。最判昭24. 2. 8。本記述では、乙に対して虚偽の事実を申し向け、乙を畏怖させて盗品を交付させていることから、詐欺罪と恐喝罪のいずれが成立するかが問題となる。

判例は、警察官を装って、窃盗犯人に対し「警察の者だが取調べの必要があるから差し出せ」と虚偽の事実を申し向け、かかる窃盗犯人を畏怖させて盗品を交付させたという事案において、「原審相被告人Bに対し同人が窃取した綿糸の買入を世話すると称し同人が綿糸を運搬して来るところを、被告人が刑事だと脅かしてそれを取上げることに手筈をきめ、…Bが綿糸二十梱を家人に運搬させて来るや、被告人は警察官を装うてBに対し『警察の者だがこの綿糸は何処から持ってきたか』と尋ね同人が『火薬廠から持出した』と答えると、その氏名年令職業等を問ひ之を紙に書留める風をした上『取調べの必要があるから差し出せ』と言ひ、若しこれに応じなければ直ちに警察署へ連行するかも知れないような態度を示して同人を畏怖させ、因つて同人をして即時その場で右綿糸二十梱を交付させたと云うのであつて、右の如く被告人がBに対しその申入れに応じなければ直ちに警察署へ連行するかも知れないような態度を示し、Bがこれにより畏怖の念を生じ、為めに綿糸を交付するに至つたものである以上、恐喝罪をもつて問擬すべきである。」としている。その理由として、判例は「被告人の施用した手段の中に**虚偽の部分**即ち警察官と称した部分があつても、その部分も相手方に畏怖の念を生ぜしめる一材料となり、**その畏怖の結果として相手方が財物を交付するに至つた場合は詐欺罪ではなく恐喝罪となる**」ということを挙げている。

本記述では、逮捕されるかもしれないと畏怖した結果、甲に盗品を交付したというのだから、警察の者だなどと虚偽の事実を申し向け、盗品の提出を求めた部分があつたとしても恐喝既遂罪が成立する。

したがって、本記述は正しい。

ウ正しい。まず、不作為による欺罔行為というためには告知義務を要するため、無銭宿泊を企て、宿泊代金を支払う意思も能力もないのに、これらがあるかのように装って宿泊を申し込む行為が、不作為による欺罔行為と作為による欺罔行為のいずれに当たるかが問題となる。

判例（大判大9．5．8）は、無銭飲食・宿泊に際して、支払の意思がないのにその事情を告げずに、飲食物を注文し、あるいは宿泊の申込みをした場合、その注文又は宿泊の行為自体が欺罔行為であるとし、無一文であることの告知義務違反としての不作為が欺罔行為となるものではないとしている。

よって、甲が無銭宿泊を企て、宿泊代金を支払う意思も能力もないのに、これらがあるかのように装って宿泊を申し込む行為は欺罔行為に当たる。

次に、乙が甲を宿泊させたのは憐憫の情を抱いたからであって、甲の欺罔行為によって錯誤に陥ったためではない。そこで、かような場合にも詐欺既遂罪が成立するのかが問題となる。

詐欺罪においては、詐欺行為、錯誤、交付行為、財物の移転の間に相当な因果関係があることが必要であって、詐欺行為があっても被詐欺者がそれを見破りあるいは憐憫の情から独自の意思で財物を交付した場合は詐欺未遂罪が成立するにすぎないと解されている。金銭を騙取するため虚偽の貸金債権を主張して支払請求したが、相手方が錯誤に陥らなかったという事案において、判例（大判大11．12．22）も詐欺未遂罪が成立するとしている。よって、乙が憐憫の情を抱き、甲を宿泊させた場合には、甲に詐欺未遂罪が成立する。

したがって、本記述は正しい。

エ誤り。最判昭24．1．11。本記述では、甲の脅迫により畏怖した乙が、甲が財布を抜き取る行為を黙認したにすぎない。かかる場合にも恐喝既遂罪が成立するかが問題となる。

判例は、恐喝罪の本質は、被恐喝者の畏怖による瑕疵ある同意を利用する財物の領得行為と解すべきであるから、被恐喝者が畏怖して黙認しているのに乗じ恐喝者において財物を奪取した場合においても、本罪の成立を妨げるものではないとしている。

よって、乙は甲が財布を抜き取る行為を黙認しているにすぎないが、甲に恐喝既遂罪が成立する。

したがって、本記述は、甲には、恐喝未遂罪が成立するにとどまるとしている点で、誤っている。

オ誤り。大判明42．6．21。本記述では、偽札を作る機材の購入資金にすると嘘を言って同資金として金銭の交付を受けているところ、かかる給付は不法な原因に基づくものである。そこで、不法原因給付（民法708条）として民法上返還請求権が認められない場合でも詐欺罪が成立するかが問題となる。

判例は、通貨偽造の資金と欺いて金銭を交付させた事案において、人を欺罔して財物を騙取した以上、その給付が不法原因に基づくため被害者が民法上救済を求め得ない場合でも詐欺罪が成立するとしている。

本記述では、偽札を作る意思がないのにあると嘘を言って、乙から金銭の交

付を受けているから、それが偽札作りの資金であったとしても、甲には詐欺既遂罪が成立する。

したがって、本記述は、甲には、詐欺未遂罪も、詐欺既遂罪も成立しないとしている点で、誤っている。

以上により、誤っている記述はア、エ、オであり、したがって、正解は肢2となる。

〔第6問〕（配点：3）

放火罪に関する次の1から5までの各記述を判例の立場に従って検討し、正しいものを2個選びなさい。（解答欄は、〔No.9〕、〔No.10〕順不同）

1. 甲は、日頃恨みを持っていたVの所有する自動車ガが止めてある駐車場に出向き、同車にガソリンをかけて火をつけ、同車を焼損させたところ、同駐車場に駐車されていた第三者が所有する自動車10台に延焼する危険が生じたものの、駐車場が住宅地から離れていたため、住宅その他の建物に延焼する危険は生じなかった。甲には建造物等以外放火既遂罪は成立しない。
2. 甲は、周囲に他の住宅のない場所に空家を所有する乙から、同家屋に付された火災保険金をだまし取る計画を持ちかけられ、これに応じることとし、同家屋に立て掛けてあった薪に灯油をかけて火をつけたところ、火は同家屋の取り外し可能な雨戸に燃え移ったが、たまたま降り出した激しい雨によって鎮火した。甲には他人所有非現住建造物等放火未遂罪が成立するにとどまる。
3. 甲は、深夜、本殿・祭具庫・社務所・守衛詰所が木造の回廊で接続され、一部に火を放てば他の部分に延焼する可能性がある構造の神社の祭具庫壁付近にガソリンをまいてこれに火をつけた。その結果、無人の祭具庫は全焼したものの、Vらが現在する社務所・守衛詰所には、火は燃え移らなかった。甲には現住建造物等放火既遂罪が成立する。
4. 甲は、日頃恨みを持っていたVが居住するマンション内部に設置されたエレベーターのかご内に、ガソリンを染み込ませて点火した新聞紙を投げ入れて放火し、エレベーターのかごの内部を焼損させた。甲には現住建造物等放火未遂罪が成立するにとどまる。
5. 甲は、妻所有の一戸建て木造家屋に妻と二人で暮らしていたところ、ある日、同家屋内において、口論の末に激高して妻を殺害し、その直後に犯跡を隠すため、同家屋に火をつけて全焼させたが、周囲の住宅には燃え移らなかった。甲には現住建造物等放火既遂罪が成立する。

〔第6問解説〕放火罪

正解〔No.9〕〔No.10〕2、3（順不同）

（司法試験H24-刑17）

- 1 誤り。最決平15. 4. 14（百選Ⅱ〔第8版〕85事件）。建造物等以外放火既遂罪（刑法110条1項）が成立するためには、「公共の危険」を生じさせることが必要である。本記述では、他の自動車への延焼の危険はあるものの、住宅その他の建造物に延焼する危険は生じていない。そこで、かかる場合にも「公共の危険」が生じているかが問題となる。

判例は、本記述類似の事案において、**公共の危険の発生を認めている**。

その理由として、判例は、刑法110条1項にいう「公共の危険」は、刑法108条、109条所定の建造物等への延焼のおそれに限定されず、不特定又は多数の人の生命、身体又は当該建造物以外の財産に対する危険も含まれるということを挙げている。

本記述でも、第三者の車に対する延焼という財産に対する危険が生じており、公共の危険の発生が認められる。

よって、**甲には建造物等以外放火既遂罪が成立する**。

したがって、本記述は誤っている。

- 2 正しい。最判昭25. 12. 14。本記述では、薪につけた火が雨戸に燃え移ったものの、たまたま降り出した激しい雨によって鎮火し、取り外しが可能な雨戸以外には燃え移っていない。そこで、雨戸に燃え移ったことをもって、非現住「建造物」を「焼損」したといえるか、雨戸が建造物たる家屋の一部を構成するのかが問題となる。

判例は、建具その他の家屋の従物を建造物たる家屋の一部を構成するものと認めるためには、当該物件が家屋の一部に建て付けられているだけでは足りず、更にこれを毀損しなければ取り外すことができない状態にあることが必要であるとしている。

そうすると、**本件雨戸は取り外し可能な雨戸であるから、建造物の一部を構成しておらず、「建造物」を「焼損」したとはいえない**。

また、本記述の家屋は共犯者たる乙の所有にかかるが、**火災保険が付されているので他人所有物として扱われる**（刑法115条）

よって、本件では、保険金の付された空家である本件家屋を焼損させる目的で家屋に立て掛けてあった薪に灯油をかけて火をつけているので、非現住建造物放火罪の実行の着手は認められるが、取り外しの可能な雨戸に火を燃え移らしたにとどまり「建造物」を「焼損」したとはいえないから、甲には他人所有非現住建造物等放火未遂罪が成立するにとどまる（刑法109条1項、112条、115条）。

したがって、本記述は正しい。

- 3 正しい。最決平元. 7. 14（平安神宮放火事件、百選Ⅱ〔第8版〕83事件）。本記述の建造物は、一部に火を放てば他の部分に延焼する可能性がある構造を有し、その一部にのみ人が現在している。本記述では、かかる建造物の人の現在しない部分を焼損させた場合に、現住建造物等放火既遂罪（刑法108条）が成立するかが問題となる。

判例は、本記述と同様の事案において、**現住建造物等放火既遂罪の成立を認めている。**

その理由として、判例は、本件社殿は、その一部に放火されることにより全体に危険が及び一体の構造を有していること、及び全体が一体として日夜人の起居に利用されていたことから、物理的に見ても、機能的に見ても、その全体が一個の現住建造物であったと認められるということを挙げている。

よって、甲には現住建造物等放火既遂罪が成立する。

したがって、本記述は正しい。

4 誤 り。最決平元・ 7・ 7（百選Ⅱ〔第8版〕82事件）。本記述では、ガソリンを染み込ませて点火した新聞紙を投げ入れて放火し、エレベーターのかごの内部を焼損したことをもって、マンション（現住建造物）を「焼損」したといえるか、エレベーターが建造物の一部といえるかが問題となる。

判例は、本記述と同様の事案において、**エレベーターを建造物の一部とした原判決を支持している。**

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、エレベーターの取り外しは作業員約4人がかりで丸一日の作業を要するという物理的困難性を有すること、エレベーターが居住部分への「動く玄関・通路」の機能を果たし機能的一体性を有していることを挙げている。

よって、本件では、甲には現住建造物等放火既遂罪（刑法108条）が成立する。

したがって、本記述は誤っている。

5 誤 り。大判大6・ 4・ 13。本記述では、居住者である犯人が他の居住者全員を殺害した直後、犯跡を隠すため当該家屋を全焼させた場合、現住建造物等放火既遂罪（刑法108条）が成立するのかが、それとも非現住建造物等放火既遂罪（刑法109条）が成立するのかが問題となる。

判例は、父母を殺害した後、犯跡を隠すため死体の横たわっている家屋に放火したという事案において、**非現住建造物等放火既遂罪が成立する**としている。

判例の結論に対し、学説は、居住者の死亡により家財道具や客の来訪の可能性等、人の住居に使用されている状態はすぐに変更を受けるものではないと本件判旨を一般化することは妥当ではないとしながらも、事案の特殊性から判旨の解決をすぐに不当にすることはできないとしている。

よって、甲には非現住建造物等放火既遂罪が成立する。

したがって、本記述は誤っている。

以上により、正しい記述は2と3であり、したがって、正解は肢2と肢3（順不同）となる。

【MEMO】

正答表

問題	No.	タイトル	正解	配点	備考	チェック欄
1	1	不作為による殺人	5	2		
2	2	錯 誤	3	2		
3	3-6	正当防衛の共同の射程	1、2、2、2	3		
4	7	強盗の罪	3	2		
5	8	詐欺罪・恐喝罪	2	2		
6	9-10	放火罪	2、3（順不同）	3		
			合計	点(満点:14点)		

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） <https://www.tatsumi.co.jp/>

大 阪 本 校：〒530-0027 大阪市北区堂山町1番5号三共梅田ビル8階 TEL06-6311-0400（代表）