

司法試験

---

## ピンポイント講義

# 刑法答案で点数を上げる方法

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 157238

LU15723



## 第1問

自らを唯一神と称する甲は、その神通力によって難病を治すことができるとして、信者百余名とともに宗教団体を組織しており、十年來の信者だったAは、不治の病に侵されていた五歳の息子Bの治療を甲に依頼した。甲は、医師免許を有していないにもかかわらず、睡眠薬をAに渡して、「この薬をBに飲ませなさい。私が彼の身体に乗り移り、神通力で大病魔を退治しよう。」とAに言った。この時、甲は、五歳の子供に投与するにはやや多い量の睡眠薬であるとの認識はあったが、死ぬことはないだろうと考えており、神通力による治療は正当な治療行為だと信じていた。Aは、睡眠薬であることを知らずに治療に必要な薬だと信じて、与えられた薬をBに飲ませたところ、Bは昏睡し、極度の衰弱状態に陥った。

Aは、Bが極度の衰弱状態に陥っており、生命に危険が迫っているように見えたので一度は病院に連れて行こうと考えたが、Aは甲が大病魔と闘っているところかもしれないと考え直し、Bを病院に運ばなかった。そのため、すぐに病院に運べばBの救命が可能であったにもかかわらず、翌日にBは死亡した。

甲の罪責を論ぜよ（特別法違反の点は除く）。

## 解答例

## 第1 睡眠薬を手渡ししたという甲の行為について

1 甲がAに手渡しした睡眠薬を摂取したBは、その後極度の衰弱状態に陥り、死亡している。

そこで、かかる甲の行為について、傷害致死罪（205条）の成立が考えられる。

2 もっとも、甲はAに睡眠薬を手渡し、Bに飲ませるよう指示したのみであり、自らBに睡眠薬を飲ませたわけではない。そこで、このように自ら実行行為を行わず、他人を利用して犯罪を完成させるような行為を正犯として処罰することができるか。

思うに、正犯とは自ら犯罪を実行した者であるから、直接手を下さなくとも被利用者を通して因果経過を実質的に支配し、自己の犯罪事実実現の目的を遂げた者もまた正犯とすることに問題はない。

したがって、①行為者が被利用者に対して行為支配性を有していること②他人の犯罪を自己の犯罪として実現する意思を有していることの2つの要件をみたす場合には、この者を間接正犯として処罰することができるかと解する。

3 本問で、Aは、十年来の甲の信者であり、与えられた薬が睡眠薬であることを認識しておらず、治療に必要な薬だと思い込んでいるから、①甲のAに対する行為支配性は認められる。

● 構成要件の指摘

● 間接正犯の成否

● あてはめ

②また、甲は自己の犯罪としてBに対して傷害を加える意図を有している。

よって、甲の行為は、傷害罪の実行行為といえる。

4 そして、かかる甲の行為により、Bには昏酔して衰弱状態に陥るといふ「傷害」の結果が発生している。

5(1) とはいえ、かかる結果には、Bが極度の衰弱状態に陥っているにもかかわらず、親であるAが病院に連れて行かないという事情が介在している。そこで、甲の行為とBの死との間に因果関係が認められるか。

(2) 思うに、因果関係が認められるためには、その結果がその行為から発生することが社会通念上相当であるといえなければならない。

そして、かかる相当性の判断は、構成要件が違法有責類型であることに鑑み、行為者が認識・予見していた事情及び一般人が認識・予見可能な事情を基礎に判断すべきである。

(3) 本問では、十年来の信者である信仰熱心なAは、Bが危険な状態に陥っても、甲を信じてBを病院に連れて行かないという事情は行為当時に甲が予見しえたはずである。したがって、介在事情も基礎資料に含まれる。

そして、甲がAを介してBに飲ませた睡眠薬は五歳のBにとっては多量であって、それ自体として死の危険性

● 因果関係

● 折衷的相当因果関係説

● あてはめ  
因果関係が認められるのは明らか

を有する。

そうすると、甲の行為からかかる結果が発生するのは社会的に相当といえることができる。

よって、甲の行為とB死亡の結果発生との間には因果関係が認められる。

- 6 さらに、甲は五歳の子供に投与するにはやや多い量の睡眠薬であることを知っていた以上、Bが昏睡して衰弱状態に陥るといふ傷害罪の構成要件の結果発生を認識・認容していたといえ、構成要件の故意にも欠けない。

以上から、甲の行為は、傷害罪の構成要件に該当する。

#### 第2 違法性阻却事由の有無

また、甲は医師免許を有しておらず、被害者たるBの同意も得ていない以上、客観的に常軌を逸する治療方法であり、正当な医療行為として35条により違法性が阻却されることはない。

- 第3 としても、甲は神通力による治療を正当な治療行為だと信じているので、「罪を犯す意思」(38条1項)がないとも思われる。

しかし、甲は、睡眠薬の投薬という事実は認識しており、かかる行為が正当な治療行為にあたると信じた点は法的評価の誤りにすぎない。したがって、「罪を犯す意思」がないとはいえない(38条3項)。

● 構成要件の故意

● 違法性阻却事由の有無

● 責任故意(違法性の錯誤)  
割愛してもよい

- 第4 なお、結果的加重犯は基本犯に加重結果発生の蓋然性高い場合を典型的に規定していることから、基本犯の行為と加重結果との間に因果関係さえ認められれば、加重結果について帰責でき、加重結果についての過失は不要であると解する。

- 第5 以上から、甲には傷害致死罪が成立する。

以 上

● 重い結果と過失  
こども割愛可

— MEMO —

## 第2問

折からの不況で、経営不振に陥っていたAは、銀行からの融資が受けられなくなり、経営の運転資金にも困るようになり、ヤミ金融業者からの融資に頼らざるを得ない状況に追い込まれた。Aはヤミ金融業者甲に融資の申し入れを行ったが、Aのみるべき資産は全て担保にとられていたため、万が一に備えて、Aが甲を受取人とする多額の生命保険に加入することを融資の条件として融資が成立した。

その後、甲はAからの返済が滞るようになり、同僚の乙に事態を話したところ、乙は「お前の取り立て方が甘いんだよ。そんなことでは金は回収できないよ。一度人気のない海辺に連れて行き、ヤキを入れて、顔に何発か蹴りを加えれば一発だよ」と言って、Aに傷害を加えるよう唆した。そこで、甲はAを人気のない2月の深夜の港に呼び出した。

そこでAに返済を迫り、顔を殴打するなどの暴行を加え全治2週間の怪我を負わせた。しかし、Aはただ詫びるばかりで、肝心の返済の話になると話をはぐらかすばかりであった。甲は、いっそAを事故死に見せかけたうえで自殺させようと決意した。そこで、Aを車に乗せて、シートベルトをしたままで車ごと海に飛び込むよう、Aに強く命じた。Aは自殺する気持ちはまったくなかったが、このままではいずれ甲に殺されると考え、死亡を装って甲の前から身を隠す可能性に賭けて、命じられるままに車ごと海中に飛び込んだ。Aは、水没する車の中でシートベルトをはずし、開けていた窓から逃げ出そうとしたが、シートベルトが足に絡みつき、車から抜け出すことができず、そのまま死亡した。

甲・乙の罪責を論じなさい。

## 解答例

## 第1 甲の罪責

1 甲は、Aを自殺させようとして、シートベルトをしたままで車ごと海に飛び込むよう、Aに強く命じている。これは、Aをいわば道具として、殺人の結果を発生させようとするもので間接正犯（199条）に該当する可能性がある。

(1) もっとも、Aは実際には、自殺するつもりはなく、水中でシートベルトを外し、車の外に逃げ出すつもりである。となると、甲の行為は死の結果の現実的危険性のある行為と評価することができないのではないか。この点が否定されれば、せいぜい強要罪（223条）が成立するにとどまることになる。

しかし、本件では、2月という真冬の深夜、海に車で飛び込む行為が問題となっており、仮にAに実際に死ぬ意思がなかったとしても、車から抜け出すことができずに、死亡するというリスクは極めて大きく、死の現実的危険性が高いものと評価できる。

したがって、この点は肯定的にとらえるべきである。

(2) とはいえ、甲は直接手を下しているわけではない。そこで、Aをいわば道具として利用する形態である間接正犯の成否が問題となる。

思うに、正犯とは自らの意思で犯罪を実現し、第一次的な責任を負う者であるから、直接手を下さなくとも被

● 殺人罪の間接正犯の成立可能性

● 強要罪との区別

利用者を通して因果経過を実質的に支配し、自己の犯罪事実実現の目的を遂げた者もまた正犯とすることに問題はない。

したがって、①行為者が被利用者に対して行為支配性を有していること②他人の犯罪を「自己の犯罪」として実現する意思を有していることの2つの要件をみたす場合には、この者を間接正犯として処罰することができる。これらの要件を認定する際には、利用者と被利用者の関係、利用者の指示命令が被利用者の意思を抑制するものであったか否か等の諸事情を考慮に入れる必要がある。

ここで、本件について検討するに、Aは甲から人気のない深夜の港で、暴行を加えられ、全治2週間の怪我を負わされている（なお、この点については、甲に傷害罪（204条）が成立するが、後述の殺人罪に吸収される）。この段階で、既にAは相当程度甲を畏怖していたことが推認される。また、Aは、甲に逆らうこともできず、このままではいずれ甲に殺されると考え、死亡を装って甲の前から身を隠す可能性に賭けて、本件行為に至ったというのであるから、他に選択肢がない状況にあったといえることができる。

以上のような事実関係の下では、被害者Aをして、甲

● 間接正犯の成立要件

● あてはめ

最決平16.1.20と比較すると、かなり間接正犯性（行為支配性）を肯定しがたい事案



の命令に応じて車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない精神状態に陥らせていたものと認めることができ、そのような精神状態にある被害者に対し、車ごと海中に転落するように命じて、それを実施させた甲の行為は、①②の要件を共に充足し、殺人罪の実行行為にあたり評価できる。

- (3) また、Aは実際に死亡しており、これは甲の前記行為から生じたものであるから、因果関係も肯定できる。

なお、Aは実際に死ぬつもりがなかったのであるから、甲の認識とAの内心との間には食い違いがあるが、Aに前記行為を強いた点を含め、殺人の実行行為にあたる客観的な事実の認識に欠けるところがないから、故意に影響しない。

- 2 以上から、甲には殺人罪が成立する。

## 第2 乙の罪責

- 1 乙は、甲に対して、Aに傷害を加えるよう唆したところ、甲は前記のようにAを死亡させている。これは客観的には殺人罪の教唆（61条1項）に該当することになる。ただし、乙には、Aを死亡させる認識はなく、傷害を加えることのみを認識している。

そこで、実際に発生した結果と乙の認識に食い違いが生じていることとなり、錯誤の問題となる。

● 抽象的事実の錯誤

- 2 まず、重い方の罪である殺人罪の教唆で処断することはできない（38条2項）。では、軽い方の罪である傷害罪（ないし傷害致死罪（205条））で処断することはできるか。

思うに、故意責任の本質は犯罪事実の認識によって反対動機が形成できるのに、あえて犯罪に及んだことに対する道義的非難である。そして、犯罪事実は刑法上構成要件として類型化されているから、構成要件に実質的な重なり合いが認められる場合には、その限度で反対動機を形成することができる。したがって、そのような場合には、その限度で故意責任を問うことができると考える。かかる実質的重なり合いの有無については、①両罪の行為態様、及び②被侵害法益の共通性をもって判断すべきである。

本件では、殺人罪と傷害罪は人の生命身体を侵害するという点で、①②共に充足される。

- 3 したがって、重なり合いの認められる限度である傷害罪（ないし傷害致死罪）の罪責を問うことは問題がない。

そして、ここで成立する犯罪は傷害致死罪である。乙の前記教唆行為とAの死の結果に相当因果関係があることは明らかであり、結果発生の危険性を十分に内包する基本犯を教唆している以上、結果についてまで責任を問うことが責任主義に反するわけでもないからである。

- 4 以上から、乙には傷害致死罪の教唆犯が成立する。以上

● 結果的加重犯の教唆

— MEMO —

## 第3問

暴力団組員Xは、飲食店を経営するAから金銭を喝取することを企て、Aの店の用心棒をしている甲に頼んでAと引き合わせてもらうこととした。甲は、Xが喝取することを予想しながら要求に従い、両者を引き合わせたところ、案の定XはAに対して、「店を壊されたくなければ、1,000万円出せ。」と脅迫した。Aは、「今はそんな大金はない。後で払う。」と言い、その場は解放された。甲はその後Aの意を受け、Xとの間で値引き交渉を行い、Xの言動により畏怖しているAから、300万円の交付を受けた。甲がXにこれを渡したところ、Xは「ご苦労だったな。」といい、50万円を甲に渡そうとしたが、甲はこれを断った。

その後、Aが警察に相談したとのうわさを聞きつけたXは、真偽を確かめようと甲にAを呼び出させた。AはXの質問に対しのりくらしとした返答を繰り返したため、Xは憤慨し、Aを殺害すると言い出した。甲は、半信半疑ながらもいざとなったら殺害を止めようと思いつつも、Xとともに車にむりやりAを乗せXの運転する車で人気のない土砂採取場まで同行した。採取場でもはっきりしないAに対し激昂したXは、甲が制止する隙を与えず、突如ナイフでAに切り付け、重傷を負わせた。甲は、自分がこの場を離ればXがAを殺害することを十分予想できたが、それもやむを得ないと考え、Xから「車の中にあるスコップを取ってきてくれ。」と頼まれてその場を離れたところ、Xはその間にAの首を絞めて殺害した。

甲の罪責を論ぜよ。

## 解答例

## 第1 XがAから金員を喝取した行為に関する甲の罪責

1 Xは、Aの財産に対して害悪を加える旨を告知し、畏怖したAから300万円を受け取っているため、1項恐喝罪(249条1項)が成立する。

2 では、Xの恐喝の意図を予想しつつAに引き合わせ、Xに代わってAから喝取金300万円の交付を受けた甲も1項恐喝罪の共同正犯となることが考えられる。

もっとも、甲には、犯罪に積極的に関与したとみられるような事情はない。そのため、恐喝罪の共同正犯(60条)と幫助犯(62条1項)のいずれが成立するのか、共同正犯と幫助犯の区別の判断基準が問題となる。

3 この点、形式的に構成要件に該当する実行行為を行うか否かで両者を区別する見解もある。

まず、両者を実行行為の分担の有無で区別することはできない。60条の文理解釈として、二人以上の者が「共同」し、その中の誰かが「犯罪を実行」したとき共同者はみな正犯とする、と読めなくはないし、相互利用補充関係による共同犯行の一体性は、実行行為の分担がない共犯者にもあてはまるからである。

思うに、正犯とは犯罪事象に対して第一次的責任者であるから、その者は犯罪実現について重要な役割を果たすなどして、自己の犯罪として行っている必要がある。具体的

● 共同正犯と幫助の区別

には、共謀者と実行行為者の関係、共謀者の犯行の動機、共謀者と実行行為者の意思疎通行為、共謀者が行った具体的加担行為ないし役割、犯行の周辺に認められる徴憑的行為等の諸事情を総合的に考慮して決すべきである。

4 本問で、甲は、XをAに引き合わせ、Aから金銭の交付を受けこれをXに渡しているから、一定程度犯罪遂行に重要な役割を果たしているといえる。

しかし、甲は終始Xの指示に従うなど、Xは甲に優越する立場にあるものと考えられる。

また、甲は、下記のように喝取金の受領を拒んでいるから、Aに対して恐喝行為を行う積極的な動機は認められない。また、犯罪の分け前に預かろうとする事情は特に認められないばかりか、当初1000万円要求していたXと交渉し、金額を300万円に下げさせている。

加えて、Xが50万円渡そうとしたにもかかわらず、甲がこれを断っていることからすれば、犯罪により生じる利益が甲に帰属するとはいえない。以上からすれば、甲が自己の犯罪として行ったということはできず、正犯として評価できない。

そして、甲の行為はこれを全体としてみればXの犯罪遂行を容易にするものといえ、幫助犯と評価しうる。

5 以上より、甲には恐喝既遂罪(249条1項)の幫助犯

● あてはめ

(62条1項)が成立する。

第2 XがAを殺害した行為に関する甲の罪責

- 1 Xは、Aを車に乗せ脱出を不可能もしくは著しく困難にしておき、監禁罪(220条)が成立する。またAの首を絞めて死亡させており、殺人罪(199条)が成立する。
- 2 そして、甲はXとともにAをむりやり車に乗せているから、監禁罪の共同正犯が成立する。
- 3 次に甲は、作為による殺害行為を行っていないが、XがAを殺害することを予想しながらそれもやむを得ないと考え現場を離れ、Aが殺害されている。

かかる甲の行為について不作为による殺人罪(199条)の共同正犯あるいは幫助犯の成立が考えられる。

(1) 別に作為犯が存在する場合において、不作为形態でこれに関与する者は原則として正犯となりえない。

作為犯の方が圧倒的に、犯罪実現において重要な役割を果たしているからである。

もっとも、上記のような、正犯と共犯の区別基準からすれば、不作为形態で関与する者についても、正犯と匹敵するような役割の重要性が認められれば、正犯とすることに問題はない。

そこで、作為義務の存在を前提として、役割の重要性によって、正犯と共犯(幫助犯)を区別すべきである。

- 共謀共同正犯の問題ではなく、不作为犯の共犯の問題とみた(東京高判平20.10.6参照)

(2)ア まず、甲はXとともにAを土砂採取場に連行しており、また、人気がないことから甲のほかにXがAを殺害するのを阻止する者は存在しないといえる。そこで、先行行為の存在及びAの生命が甲及びXに依存していることが認められ、甲にXの殺害行為を阻止する作為義務自体は認められる。

イ しかし、甲はXがAを殺害することを認識し、それもやむを得ないと考えているものの、決してAの殺害を積極的に意図しているわけでない。

また、甲が果たした役割は、土砂採取場にXを連行したにとどまり、XがAを暴行している点については、傍観しているにすぎない。

加えて、XがAに対して暴行を加えた点について、甲にはこれを静止する暇がなかったこと、XがAを殺害した時、甲はXから命じられて現場を離れていたことを併せ考えれば、Aの殺害にかかる甲の重要性を認めるべき事情はなく、甲は殺人罪の幫助犯にとどまると解する。

第3 以上より、甲には恐喝罪の幫助犯、監禁罪の共同正犯、殺人罪の幫助犯が成立し、これらは併合罪(45条)となる。

以上

— MEMO —

## 刑事系科目第1問

### [刑事系科目]

#### [第1問] (配点: 100)

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

- 1 甲(23歳, 女性)は、乙(24歳, 男性)と婚姻し、某年3月1日(以下「某年」は省略する。), 乙との間に長男Aを出産し、乙名義で借りたアパートの一室に暮らしていたが、Aを出産してから乙と不仲となった。乙は、甲と離婚しないまま別居することとなり、5月1日、同アパートから出て行った。乙は、その際、甲から、「二度とアパートには来ないで。アパートの鍵は置いていって。」と言われ、同アパートの玄関の鍵を甲に渡したものの、以前に作った合鍵1個を甲に内緒で引き続き所持していた。甲は、乙が出て行った後も名義を変えずに同アパート(以下「甲方」という。)にAと住み続け、自分でその家賃を支払うようになった。甲は、5月中旬頃、丙(30歳, 男性)と知り合い、6月1日頃から、甲方において、丙と同棲するようになった。
- 2 丙は、甲と同棲を開始した後、家賃を除く甲やAとの生活に必要な費用を負担するとともに、育児に協力してAのおむつを交換したり、Aを入浴させるなどしていた。しかし、丙は、Aの連日の夜泣きにより寝不足となったことから、6月20日頃には、Aのことを疎ましく思うようになり、その頃からおむつ交換や入浴などの世話を一切しなくなった。
- 3 甲は、その後、丙がAのことを疎ましく思っていることに気付き、「このままAがいれば、丙との関係が保てなくなるのではないか。」と不安になり、思い悩んだ末、6月末頃、丙に気付かれぬようにAを殺害することを決意した。Aは、容易に入手できる安価な市販の乳児用ミルクに対してはアレルギーがあり、母乳しか飲むことができなかったところ、甲は、「Aに授乳しなければ、数日で死亡するだろう。」と考え、7月1日朝の授乳を最後に、Aに授乳や水分補給(以下「授乳等」という。)を一切しなくなった。

このときまで、甲は、2時間ないし3時間おきにAに授乳し、Aは、順調に成育し、体重や栄養状態は標準的であり、特段の疾患や障害もなかった。通常、Aのような生後4か月の健康な乳児に授乳等を一切しなくなった場合、その時点から、①約24時間を超えると、脱水症状や体力消耗による生命の危険が生じ、②約48時間後までは、授乳等を再開すれば快復するものの、授乳等を再開しなければ生命の危険が次第に高まり、③約48時間を超えると、病院で適切な治療を受けさせない限り救命することが不可能となり、④約72時間を超えると、病院で適切な治療を受けさせても救命することが不可能となるとされている。なお、甲は、Aを殺害しようとの意図を丙に察知されないように、Aに授乳等を一切しないほかは、Aのおむつ交換、着替え、入浴などは通常どおりに行った。

- 4 7月2日昼前には、Aに脱水症状や体力消耗による生命の危険が生じた。丙は、その頃、Aが頻繁に泣きながら手足をばたつかせるなどしているのに、甲が全くAに授乳等をしないことに気付き、甲の意図を察知した。しかし、丙は、「Aが死んでしまえば、夜泣きに悩まされずに済む。Aは自分の子でもないし、普通のミルクにはアレルギーがあるから、俺がミルクを与えるわけにもいかない。Aに授乳しないのは甲の責任だから、このままにしておこう。」と考え、このままではAが確実に死亡することになると思いながら、甲に対し、Aに授乳等をするように言うなどの措置は何ら講じず、見て見ぬふりをした。

甲は、丙が何も言わないことから、「丙は、私の意図に気付いていないに違いない。Aが死んでも、何らかの病気で死んだと思うだろう。丙が気付いて何か言ってきたら、Aを殺すことは諦めるしかないが、丙が何か言ってくるまではこのままにしよう。」と考え、引き続き、Aに授乳等をしなかった。

- 5 7月3日昼には、Aの脱水症状や体力消耗は深刻なものとなり、病院で適切な治療を受けさせない限り救命することが不可能な状態となった。同日昼過ぎ、丙は、甲が買物に出掛けている間に、Aを溺愛している甲の母親から電話を受け、同日夕方にAの顔を見たいので甲方を訪問したいと言われた。Aは、同日夕方に病院に連れて行って適切な治療を受けさせれば、いまだ救命可能な状態にあったが、丙は、「甲の母親は、Aの衰弱した姿を見れば、必ず病院に連れて行く。そうならば、Aが助かってしまう。」と考え、甲の母親に対し、甲らと出掛ける予定がないのに、「あいにく、今日は、これからみんなで出掛け、帰りも遅くなるので、またの機会にしてください。」などと嘘をつき、甲の母親は、やむなく、その日の甲方訪問を断念した。
- 6 7月3日夕方、甲は、目に見えて衰弱してきたAを見てかわいそうになり、Aを殺害するのをやめようと考え、Aへの授乳を再開し、以後、その翌日の昼前までの間、2時間ないし3時間おきにAに授乳した。しかし、Aは、いずれの授乳においても、衰弱のため、僅かしか母乳を飲まなかった。甲は、Aが早く快復するためには病院に連れて行くことが必要であると考えたが、病院から警察に通報されることを恐れ、「授乳を続ければ、少しずつ元気になるだろう。」と考えてAを病院に連れて行かなかった。
- 7 他方、乙は、知人から、甲が丙と同棲するようになったと聞き、「俺にも親権があるのだから、Aを自分の手で育てたい。」との思いを募らせていた。乙は、7月4日昼、歩いて甲方アパートの近くまで行き、甲方の様子をうかがっていたところ、甲と丙が外出して近所の食堂に入ったのを見た。乙は、甲らが外出している隙に、甲に無断でAを連れ去ろうと考え、持っていた合鍵を使い、玄関のドアを開けて甲方に立ち入り、Aを抱きかかえて甲方から連れ去った。
- 8 乙は、甲方から約300メートル離れた地点で、タクシーを拾おうと道路端の歩道上に立ち止まり、そこでAの顔を見たところ、Aがひどく衰弱していることに気付いた。乙は、「あいつら何をやっていたんだ。Aを連れ出して良かった。一刻も早くAを病院に連れて行こう。」と考え、走行してきたタクシーに向かって歩道上から手を挙げたところ、同タクシーの運転手が脇見をして乙に気付くのが遅れ、直前で無理に停車しようとしてハンドル及びブレーキ操作を誤った。そのため、同タクシーは、歩道に乗り上げ、Aを抱いていた乙に衝突して乙とAを路上に転倒させた。
- 9 乙とAは直ちに救急車で病院に搬送され、乙は治療を受けて一命をとりとめたものの、Aは病院到着時には既に死亡していた。司法解剖の結果、Aの死因は、タクシーに衝突されたことで生じた脳挫傷であるが、他方で、Aの衰弱は深刻なものであり、仮に乙が事故に遭うことなくタクシーでAを病院に連れて行き、Aに適切な治療を受けさせたとしても、Aが助かる可能性はなく、1日ないし2日後には、衰弱により確実に死亡していたであろうことが判明した。



## 出題趣旨

### 〔第1問〕

本問は、乳児Aの母親である甲が、Aを殺害するためAに対する授乳等をやめたところ、甲と同棲中の丙が、これを見て見ぬふりをするなどし、その後、甲とは別居中である甲の夫乙が、甲丙の留守中にAを連れ出し、Aと共にタクシーの運転手による事故に遭ったが、Aのみ死亡したという具体的事例について、甲乙丙それぞれの罪責を問うことにより、刑事実体法及びその解釈論の知識と理解、具体的な事実関係を分析してそれに法規範を適用する能力及び論理的な思考力・論述力を試すものである。

#### (1) 甲の罪責について

甲は、某年7月1日（以下「某年」は省略する。）、Aを殺害するためAに対する授乳等をやめ、Aの脱水症状や体力消耗による生命の危険が生じ、後にAは死亡した。授乳等をやめるという不作為に及んだ甲に殺人罪の実行行為性が認められるかを検討するに当たっては、作為義務、作為可能性といった不真正不作為犯の成立要件について見解を示し、その成立要件に事実関係を的確に当てはめる必要がある。その際、甲がAの母親であるという民法上の法律関係に限らず、甲がAを出産して以来、Aと同居してAを養育してきたこと、Aは月齢4か月の乳児であること、ミルクアレルギーがあるため母乳しか飲むことができなかったこと、甲は7月1日朝までは2時間ないし3時間おきにAに授乳し、Aは順調に成育していたこと等の具体的な事実関係にも着目することが求められる。

甲に殺人罪の実行行為性を認める場合、実行の着手時期、つまり、甲の不作為によってAの生命に対する現実的危険が生じた時期を、Aの体調の変化を挙げつつ認定する必要がある。

そして、甲の実行行為によってAが脱水症状や体力消耗により死亡する現実的危険が生じた後、乙の故意によるAを連れ去る行為やタクシーの運転手の過失による事故という事情が介在してAが脳挫傷により死亡したので、このような場合であっても甲の実行行為と結果との間に因果関係が認められるのかを検討する必要がある。その際、判例をその具体的事案に留意しながら参考にして、因果関係について見解を示し、これに事実関係を的確に当てはめ、妥当な結論を導くことが求められる。

さらに、故意の存在、甲が授乳を再開したため中止未遂を認定できるかどうかについての言及も求められる。

#### (2) 丙の罪責について

丙は、7月2日、Aに生命の危険が生じた頃、甲がAに授乳等をしないことに気付き、甲の意図を察知したが、甲に対し、Aに授乳等をするように言うなどの措置は何ら講じず、見て見ぬふりをした。甲と丙の間に殺人罪の共謀はないため、片面的共同正犯を否定する立場では丙甲の間に共同正犯は成立しないが、甲の作為義務とは別に、丙について作為義務を認定できるならば、不作為に及んだ丙に殺人罪の単独正犯又は幫助犯が成立する余地がある。その際、丙は、Aの父親ではなく、Aと同居し始めたのは6月1日頃からであること、当初はAの世話をしていたが、6月20日頃には世話を一切しなくなったこと、Aに対する授乳等は甲が行っていたこと等の具体的な事実関係にも着目しつつ、甲に作為義務を認定した論拠と矛盾なく、丙の具体的な作為義務等を検討することが求められる。一方、片面的共同正犯を肯定する立場に立つとしても、それで直ちに丙甲の間に共同正犯が成立するわけではなく、不作為に及んだ丙に殺人罪の作為義務が認められるか否かの検討が必要である。

また、丙は、7月3日、病院で適切な治療を受けさせない限りAを救命することが不可能な状態となった後、Aを溺愛している甲の母親から電話で訪問したいと言われたが、嘘をついて断った。丙のこの行為を、作為による殺人罪の単独正犯としての実行行為と認定するか、作為による殺人罪の幫助行為と認定するか、見て見ぬふりの不作為犯を犯している間の一事情と認定するかはともかく、その成立要件に事実関係を的確に当てはめて結論に至ることが求められる。

なお、本問では、甲は丙の意図に気付いていないので、丙に幫助犯を認定する場合には、片面的幫助犯に関する見解を論じる必要がある。

(3) 乙の罪責について

ア 住居侵入罪の検討

住居侵入罪の保護法益について見解を示しつつ、構成要件の意義を明らかにし、これに事実関係を的確に当てはめることになる。甲と乙は夫婦で、甲方は乙名義で借りているが、乙が甲方を出て行くことで別居することとなり、甲の求めに応じて鍵を甲に渡し、甲が家賃を支払うようになったこと、乙は玄関ドアから甲方に立ち入ったが、甲に内緒で所持していた合鍵を使ったものであったこと等の具体的な事実関係に着目することが求められる。

イ 未成年者略取罪の検討

乙は、Aと別居しているが、Aの父親であり、Aに対する親権を有しているため、未成年者略取罪の主体となるかが問題となり、最決平成17年12月6日刑集59巻10号1901頁が参考になる。そして、未成年者略取罪の保護法益について見解を示しつつ、略取の意義を明らかにし、これに事実関係を的確に当てはめることが求められる。

ウ 違法性阻却の検討

住居侵入罪、未成年者略取罪の各構成要件該当性が認められるとしても、乙が甲方へ侵入してAを連れ去った行為は、衰弱が深刻なAを救出する行為と評価する余地もあるので、乙の行為の違法性が阻却されるかを検討することとなる。正当行為、緊急避難、正当防衛のいずれを検討するかはともかく、各成立要件の意義を明らかにし、事実関係を的確に当てはめて結論に至ることが求められる。

(4) 罪数処理

前記(1)ないし(3)の検討において、甲乙丙に、複数の犯罪が成立すると考えた場合、それら複数の犯罪について、的確な罪数処理を行うことが求められる。

本問で論述が求められる問題点は、いずれも、刑法解釈上、基本的かつ著名な問題点であり、これら問題点についての基本的な判例や学説の知識を前提に、事案の中にある具体的な諸事実を抽出し、論理的な整合性はもちろん、結論の妥当性も勘案しつつ、それに法規範を適用することが求められる。基本的な判例や学説の学習が重要であることはいままでもないが、特に判例学習の際には、単に結論のみを覚えるのではなく、当該判例の具体的な事案の内容や結論に至る理論構成等を意識することが必要であり、そのような学習を通じ、結論を導くために必要な事実を認定し、その事実に理論を当てはめる能力を涵養することが望まれる。

## 平成26年司法試験の採点実感等に関する意見（刑事系科目第1問）

## 1 出題の趣旨について

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

## 2 採点の基本方針等

本問では、具体的事例に基づいて甲乙丙それぞれの罪責を問うことによって、刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解の有無・程度、事実関係を的確に分析・評価し、具体的事実と法規範を適用する能力、結論の具体的妥当性、その結論に至るまでの法的思考過程の論理性を総合的に評価することを基本方針として採点に当たった。

すなわち、本問は、乳児Aの母親である甲が、Aを殺害するためAに対する授乳等をやめたところ、甲と同棲中の丙が、これを見て見ぬふりをするなどし、その後、甲とは別居中である甲の夫乙が、甲丙の留守中にAを連れ出し、Aと共にタクシーの運転手による事故に遭ったが、Aのみ死亡したという具体的事例について、甲乙丙それぞれの罪責を問うものであるところ、これらの事実関係を法的に分析した上で、事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開し、事実を具体的に摘示しつつ法規範への当てはめを行って妥当な結論を導くこと、さらには、甲乙丙それぞれの罪責についての結論を導く法的思考過程が相互に論理性を保ったものであることが求められる。

甲乙丙それぞれの罪責を検討するに当たっては、甲乙丙それぞれの行為や侵害された法益等に着目した上で、どのような犯罪の成否が問題となるのかを判断し、各犯罪の構成要件要素を一つ一つ吟味し、これに問題文に現れている事実を丁寧に拾い出して当てはめ、犯罪の成否を検討することになる。ただし、論じるべき点が多岐にわたることから、事実認定上又は法律解釈上の重要な事項については手厚く論じる一方で、必ずしも重要とはいえない事項については、簡潔な論述で済ませるなど、答案全体のバランスを考えた構成を工夫することも必要である。

出題の趣旨でも示したように、本問における甲丙の罪責としては、いずれも殺人罪の成否が主要な問題となり、乙の罪責としては、住居侵入罪及び未成年者略取罪の成否が主要な問題となることあり、このうち、特に主要な問題点としては、以下のものが挙げられる。

甲の罪責の検討においては、一つ目として、Aに対する授乳等をやめるという不作為に及んだ甲につき、不真正不作為犯の実行行為性に関する自説の展開及び当てはめが必要となり、二つ目として、甲の実行行為によってAが脱水症状や体力消耗により死亡する現実的危険が生じた後、乙の故意によるAを連れ去る行為やタクシーの運転手の過失による事故という事情が介在してAが脳挫傷により死亡したことにつき、因果関係に関する自説の展開及び当てはめが必要となる。どちらの論点も、殺人罪の構成要件要素である実行行為（実行の着手）、結果、因果関係及び故意について意義を正確に示し、その中で見解を示した上での的確で丁寧な当てはめを行うことが求められる。

丙の罪責の検討においては、一つ目として、丙が、Aに生命の危険が生じた頃、甲がAに授乳等をしないことに気付く、甲の意図を察知したが、甲に対する措置を何ら講じず、見て見ぬふりをした点につき、甲との共犯関係の成否を認定する必要がある。特に、丙とAの関係やAに対する授乳等は甲が行っていたこと等についてどのように評価するのかについては、片面的共同正犯の肯否についていずれの立場に立つとしても、甲に作為義務を認定した論拠と矛盾なく、丙の具体的な作為義務等を丁寧に検討することが求められる。また、二つ目として、丙が、病院で適切な治療を受けさせない限りAを救命することが不可能な状態となった後、甲の母親から電話で訪問したいと言われたが、嘘をついて断った点につき、作為による殺人罪の単独正犯としての実行行為と認定するか、作為による殺人罪の幫助行為と認定するか、見て見ぬふりの不作為犯を犯している間の一事情と認定するかはともかく、各成立要件に事実関係を的確に当てはめて結論に至ることが求められる。

乙の罪責の検討においては、住居侵入罪の保護法益及び実行行為の意義、未成年者略取罪の主体及び略取の意義を吟味し、乙が甲方へ侵入してAを連れ去った行為を、衰弱が深刻なAを救出する行為と評価する余地もあることにつき、違法性阻却事由のいずれを検討するかはともかく、各成立要件に事実関係を的確に当てはめ、各自の結論に至ることが求められる。

その他、甲について中止未遂罪の成否、丙について片面的幫助犯の肯否、各犯罪の故意、罪数等、本問で論じるべき問題点は、多岐にわたるが、いずれも、刑法解釈上、基本的かつ重要な問題点であり、これらに対する理解と刑法総論・各論の基本的理解に基づき、事実関係を整理して考えれば、一定の妥当な結論を導き出すことができると思われ、実際にも、相当数の答案が一定の水準に達していた。

## 3 採点実感等

各審査委員から寄せられた意見や感想をまとめると、以下のとおりである。

## (1) 全体について

多くの答案は、甲乙丙それぞれについて前記各論点を論じており、本問の出題趣旨や大きな枠組みは理解していることがうかがわれた。

ただし、刑事責任が余り問題とならないような点について延々と論述する一方で、主要な論点については不十分な記述にとどまっているなどバランスを欠いた答案も少なからずあった。

その他、審査委員による意見交換の結果を踏まえ、答案に見られた代表的な問題点を列挙すると以下のとおりとなる。

## (2) 甲の罪責について

ア 授乳を再開して以降は殺意がないことを理由に、殺人罪の成否を検討せず、保護責任者遺棄致死罪の成否のみを検討する答案

イ 作為義務に触れていない答案

ウ どの行為を実行行為としているのか判然としない答案

エ 実行の着手を認定する前に、因果関係の有無や中止未遂罪の成否を検討している答案

オ 因果関係の有無を検討する前に、中止未遂罪の成否を検討している答案

カ 因果関係の有無を判断するに当たっては危険の現実化という要素を考慮するという見解を示しているものの、当てはめにおいて、危険と結果のいずれについても具体的に捉えていない答案

## (3) 丙の罪責について

ア 不真正不作為犯の成立範囲を限定すべきと論じる一方で、作為義務の検討が不十分なまま、単独正犯を認める答案

イ 正犯意思があると認定し、そのみを理由に、単独正犯を認める答案

ウ 共犯の成否を全く検討していない答案

エ 身分犯に関する解釈のみで共犯を成立させる答案

オ 幫助犯が成立するとしているものの、幫助の故意の内容が不正確な答案

## (4) 乙の罪責について

ア 住居侵入罪の保護法益を住居権とする見解に立ち、甲が住居権者であるかどうかの問題と、乙が住居権者ではなくなったかどうかの問題とを混同している答案

イ 未成年者誘拐罪を認定した答案

ウ 未成年者略取罪の保護法益を親の監護権とする見解に立ち、甲のAに対する養育状況を問題にすることなく、安易に同罪を成立させる答案

## (5) その他

これまでにも指摘してきたことでもあるが、少数ながら、字が乱雑なために判読するのが著しく困難な答案が見られた。時間の余裕がないことは理解できるところであるが、達筆である必要はないものの、採点者に読まれることを意識し、なるべく読みやすい字で丁寧に答案を書くことが望まれる。

## (6) 答案の水準

以上の採点実感を前提に、「優秀」「良好」「一応の水準」「不良」という四つの答案の水準を示すと、以下のとおりである。

「優秀」と認められる答案とは、本問の事案を的確に分析した上で、本問の出題の趣旨や上記採点の基本方針に示された主要な問題点について検討を加え、成否が問題となる犯罪の構成要件要素等について正確に理解するとともに、必要に応じて法解釈論を展開し、事実を具体的に摘示して当てはめを行い、甲乙丙の刑事責任について妥当な結論を導いている答案である。特に、摘示した具体的事実の持つ意味を論じつつ当てはめを行っている答案は高い評価を受けた。

「良好」な水準に達している答案とは、本問の出題の趣旨及び上記採点の基本方針に示された主要な問題点は理解できており、甲乙丙の刑事責任について妥当な結論を導くことができているものの、一部の問題点についての論述を欠くもの、主要な問題点の検討において、構成要件要素の理解が一部不正確であったり、必要な法解釈論の展開がやや不十分であったり、必要な事実の抽出やその意味付けが部分的に不足していると認められたもの等である。

「一応の水準」に達している答案とは、事案の分析が不十分であったり、複数の主要な問題点についての論述を欠くなどの問題はあるものの、刑法の基本的事柄については一応の理解を示しているような答案である。

「不良」と認められる答案とは、事案の分析がほとんどできていないもの、刑法の基本的概念の理解が不十分であるために、本問の出題の趣旨及び上記採点の基本方針に示された主要な問題点を理解していないもの、事案の解決に関係のない法解釈論を延々と展開しているもの、問題点には気付いているものの結論が著しく妥当でないもの等である。

#### 4 今後の法科大学院教育に求めるもの

刑法の学習においては、総論の理論体系、例えば、実行行為、結果、因果関係、故意等の体系上の位置付けや相互の関係を十分に理解した上、これらを意識しつつ、各論に関する知識を修得することが必要であり、答案を書く際には、常に、論じようとしている問題点が体系上どこに位置付けられるのかを意識しつつ、検討の順序にも十分に注意して論理的に論述することが必要である。

また、繰り返し指摘しているところであるが、判例学習の際には、単に結論のみを覚えるのではなく、当該判例の具体的事案の内容や結論に至る理論構成等を意識することが必要であり、当該判例が挙げた規範や考慮要素が刑法の体系上どこに位置付けられ、他のどのような事案や場面に当てはまるのかなどについてイメージを持つことが必要と思われる。

このような観点から、法科大学院教育においては、引き続き判例の検討等を通して刑法の基本的知識や理解を修得させるとともに、これに基づき、具体的な事案について妥当な解決を導き出す能力を涵養するよう一層努めていただきたい。

## LEC作成の答案

## 第1 甲の罪責について

1 甲の罪責を検討する前提として、7月1日朝の授乳を最後に、甲が、Aに授乳や水分補強を一切しなくなり、最終的にAを死亡させるに至るまでの甲の実行行為をいかに把握すべきか問題となる。

まず、授乳等を一切しなくなった場合、約24時間を超えると脱水症状や体力消耗による生命の危険が生じるため、この時点に授乳しないという不作為による実行行為の開始時点と解すべきである。また、不作為犯は法益を守るための義務に違反している状態をいうため、24時間経過時から48時間経過前までは、授乳しないという不作為が実行行為の内容となり、48時間経過後Aの殺害をやめようと考えて授乳を再開するまでは、病院で適切な治療を受けさせないという不作為が実行行為の内容と理解すべきである。

2 では、甲について、殺人（未遂）罪（刑法（以下、法令名略）199条、203条・199条）と保護責任者遺棄（致死）罪（218条、219条）のいずれに問責すべきか。

この点、基準としての明確性から、行為者の主観によって両者を区別すべきである。

甲は、6月末頃、丙に気付かれないようにAを殺害することを決意しており、その後、7月1日「Aに授乳しなければ、数日で死亡するだろう」と殺意を確実なものにして不作為を開始し、授乳を再開するまで、その殺意を継続して有している。よって、不作為による殺人（未遂）罪を検討すべきである。そして、作為義務と作為可能性・容易性がある場合に限って不真正不作為犯における不作為の

実行行為性が認められる。なぜなら、このような場合には、作為による実行行為と同視できるからである。

3(1) では、甲に作為義務が認められるか。この点、危険の創出、事実上の引受け、排他的支配、法令の根拠等を総合的に考慮して、作為義務を判断すべきである。

本問では、①甲は、Aの母親であるから、法令上、親権者として監護義務を負うこと（民法818条1項、820条）、②Aは甲方という閉ざされた空間にいて、自分では動くこともできないこと及び市販のミルクも飲めないことからすると、唯一Aに授乳することのできる甲が排他的支配を有していると評価できることから、甲に作為義務が認められる。

(2) 次に、甲がAに授乳することやAを病院に連れて行き適切な治療を受けさせることについて、何ら障害となる事実もないから、作為は容易かつ可能である。

(3) よって、不作為の殺人罪の実行行為性を認めることができる。

4 では、甲は殺人既遂罪となるのか、Aの死亡の原因はタクシーの衝突による脳挫傷であることから、因果関係の有無が問題となる。

(1)まず、前提として条件関係が認められるか。

不作為の場合、作為がないため、「あれなければこれなし」ではなく、想定された作為があったならば結果が生じなかったかどうかという仮定的判断によって条件関係を判断する。

本問では、甲が病院に連れて行き適切な治療を受けさせていれば、Aは甲方におらず、乙がAを連れ出してタクシー衝突による死傷結

果は発生しなかった。よって、条件関係は認められる。

(2)ア では、相当因果関係が認められるか。行為の危険性が結果に現実化しているか否かによって判断する。本問では、結果が発生する直接的な原因となったのが犯人の実行行為後に介入した行為であるという類型なので、そのような行為が介入することがあり得るのかを、それが甲の実行行為に誘発されたものであるのかなどの考慮事項によって判断すべきである。

イ まず、乙がAを甲方から奪い去った後、急に乙が呼んだタクシーがAに衝突してくることも自体、極めて想定し難い事態である。また、乙は、Aが衰弱していることを知り、最初から、Aを助けようと思って、甲方に立ち入ってAを連れ出したのではなく、単に「俺にも親権があるのだから、自分で育てたい。」と思って、Aを連れ出していること及び乙が甲方から300メートル離れた時点で、Aの衰弱に気付く前から、タクシーを拾おうとしていたことからすると、タクシー事故は、授乳しなかったことや病院に連れて行き適切な治療を受けさせなかったことから誘発されたと評価することはできない。

(3) 以上より、授乳しないという不作為や病院に連れて行って適切な治療を受けさせないという不作為の危険が、Aの脳挫傷という形で現実化したとはいえない。よって、因果関係は認められず、甲には殺人未遂罪が成立するにとどまる。

5 もっとも、甲は7月3日夕方、授乳を再開しているため、中止犯が成立しないか。

この点、中止犯の必要的減免の根拠は、規範的態度をとったことによる非難可能性の減少に求められる（責任減少説）。そのため、「犯罪を中止した」（43条ただし書）といえるためには、中止行為と結果不発生との因果関係までは不要であるが、結果発生防止に向けた行為者の真摯な努力が必要であると解する。

本件では、甲が授乳をやめてから48時間が経過しており、Aを救助するには、病院で適切な治療を受けさせる必要がある。

しかるところ、甲は、Aが快復するためには病院に連れて行くことが必要であると考えていたにもかかわらず、病院から警察に通報されることを恐れる余り、勝手に「授乳を続ければ、少しずつ元気になるだろう。」と考えて、Aを病院に連れて行かなかったのであり、真摯な努力を行ったとは認められない。したがって、甲に中止犯は成立しない。

6 よって、甲には殺人未遂罪が成立する。

## 第2 丙の罪責について

1 丙が、7月2日昼前、Aが頻繁に泣きながら手足をばたつかせるなどしているのに、甲の意図を察知し、このままにしておこうと考えて、Aに授乳等をするように言うなどの措置を何ら講じなかったことについて、殺人未遂罪（203条・199条）又は保護責任者遺棄罪（218条）のいずれを検討すべきか。

この点、丙は、「Aが死んでしまえば夜泣きに悩まされずに済む。」と考え、Aが確実に死亡することになると思いながら、放置しており、丙に殺意を認定することができるから、因果関係については、

甲と同様に考えて、不作為による殺人未遂罪の成否を検討すべきである。

2 7月2日昼以降から7月3日朝までの丙の行為について

7月2日昼の時点では、甲が授乳をやめてから48時間経過していないため、Aは授乳すれば回復するから、この時点で丙の実行行為として検討すべき行為は、甲に授乳するよう呼びかけない不作為である。

では、丙に作為義務が認められるか。

この点、丙は甲と異なり、Aの実の親ではないが、甲方で同棲し、育児に協力してAのおむつを交換したり、Aを入浴させており、事実上の引受け行為がある。また、甲方という閉ざされた空間内において、Aは無抵抗である一方、丙は同棲相手の甲に授乳するよう指示することでAの生命侵害に至る因果経過を支配しているといえる。よって、丙に作為義務が認められる。また、甲は、「このままAがいれば、丙との関係が保てなくなるのではないか。」と丙への恋愛感情からAの殺害を決意したこと、「丙が気付いて何か言ってきたら、Aを殺すことは諦めるしかない」と思っていることから、丙が作為を尽くすことは容易かつ可能である。よって、殺人未遂の実行行為性が認められる。

3 7月3日昼の時点の丙の行為について

7月3日昼の時点では、甲が授乳をやめてから48時間経過しており、Aは、病院に連れて行かない限り回復しないこと、丙が嘘を言った行為はAを病院に連れて行かないための手段にすぎないこと

から、この時点で丙の実行行為として検討すべき行為は、病院に連れて行き適切な治療を受けさせなかった不作為である。

作為義務については、事実上の引受け、排他的支配がある点は7月2日昼と共通だし、病院に連れて行き適切な治療を受けさせることは容易である。よって、殺人未遂の実行行為性が認められる。

4 では、甲と丙とは不作為の共犯とにならないか。

この点、丙は甲の意図を察知しているが、甲は、「丙は、私の意図に気付いていないに違いない。」と思っているため、両者に共謀はない。

また、共同正犯の本質は相互に意思を通じて利用・補充し合う点にあるため、片面的共同正犯を認めることもできない。よって、甲と丙とは不作為の殺人未遂の共同正犯とはならない。

5 では、共同正犯とはならないとして、丙は不作為による殺人未遂の単独正犯か幫助犯か。両者の区別基準とからめて問題となる。

この点、背後の不作為者には行為支配がないことから、原則として、不作為の幫助犯であるとしつつ、その者の地位、関与の度合い等を総合的に加味して判断すべきである。

上記2の間においては、①丙は、親権者ではなく、事実上の引受けをしたにすぎない監護者であること、②Aが市販の乳児用ミルクを飲めないため、授乳するという作為は甲しか行い得ないことから、丙の関与の度合いは幫助にとどまるといえる。

しかし、上記3の時点においては、①自ら、甲の母親に嘘を言って、甲の母親の甲方訪問を断念させて、Aの生命の救助の機会を奪



うなど、その関与が積極的なものと評価できること、②この段階では、作為義務は、病院へ連れて行くという丙にもなし得る義務に転化していることに鑑みると、この時点では、丙に不作為の殺人未遂罪の単独正犯が成立すると解する。

- 6 以上より、丙には不作為の殺人未遂の幫助犯（62条1項）と不作為の殺人未遂の単独正犯が成立し、前者は後者に吸収されることになる。

### 第3 乙の罪責について

- 1 乙が、7日4日昼、甲らが外出している際に甲方アパートに立ち入った行為について住居侵入罪（130条前段）が成立しないか。

同罪の構成要件である「侵入」とは、住居権者の意思に反する立ち入りをいう。では、住居権者は誰か。この点、乙が立ち入った甲方アパートは乙名義であるものの、乙が同アパートから出て行った後は、甲が自分で家賃を払い管理していることから、住居権者は甲である。また、乙は、A出産後、甲と不仲になり、離婚しないまま別居することになり、5月1日に、甲から「二度とアパートに来ないで。アパートの鍵は置いていって。」と言われていることからすると、住居権者甲は、二度と勝手に甲方に立ち入るなどという意思を有していると認定できるため、合鍵を使って甲方に立ち入った乙の行為は甲の意思に反する。よって、乙に住居侵入罪が成立する。

- 2 次に、乙が同日昼に、Aを抱きかかえて甲方から連れ去った行為について、未成年者略取罪（224条）が成立しないか。

まず、乙もAの親権者であることから、そもそも乙が同罪の主体

となり得るか問題となるも、肯定すべきである。なぜなら、同罪の保護法益は、未成年者の身体的自由及び親権者等の監護権であるところ、監護権者が主体となる場合であっても、未成年者の身体的自由は害され得るからである。

そして、Aは生後4か月の乳児であるから「未成年者」に該当し、乙の行為は、暴行によりAを自己の支配下に移しているため、「略取」に該当する。よって、乙は同罪の構成要件に該当する。

もっとも、①乙は、親権者であるし、②意図しないにせよ、結果的には衰弱しているAを甲方から連れ出しているため、違法性が阻却されないか。

この点、親権者であっても、人の家に勝手に立ち入ってまで連れ去る行為が正当化されるとはいえない。そのため、①は違法性阻却事由とならない。また、②については、法益を守る目的でない行為は禁止しておかなければ法益保護が図れないことから、行為時に、乙に、Aを助け出す意思がなければ違法性は阻却されないと解する。

本問では、乙は、行為時には、「俺にも親権があるのだから、Aを自分の手で育てたい。」と思ってAを連れ去ったにすぎず、Aが衰弱しており、Aを救助しようと思ったのは、甲方から300メートル離れた地点である。よって、乙が親権者であることを考慮しても、乙の違法性は阻却されない。

- 3 以上より、乙には住居侵入罪と未成年者略取罪が成立し、両罪は牽連犯（54条1項後段）となる。 以上





**LEC** れっく 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2015 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU15723