

司法試験

合格答案作成講座
刑 法
無料体験冊子

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 193908

LU19390

合格答案作成講座・問題集

刑法

目次

第1部 法科大学院入試過去問・旧司法試験過去問・他

| | |
|---------------------------|-----|
| 第1問 (不真正不作為犯・因果関係) | 2 |
| 第2問 (不真正不作為犯) | 6 |
| 第3問 (第三者の行為の介在と因果関係) | 10 |
| 第4問 (因果関係) | 14 |
| 第5問 (早すぎた構成要件の実現) | 18 |
| 第6問 (中止犯) | 22 |
| 第7問 (事実の錯誤) | 26 |
| 第8問 (故意) | 30 |
| 第9問 (自招侵害・誤想防衛) | 34 |
| 第10問 (防衛行為と第三者の物) | 38 |
| 第11問 (被害者の同意) | 42 |
| 第12問 (原因において自由な行為・過剰防衛) | 46 |
| 第13問 (誤想過剰防衛) | 50 |
| 第14問 (共犯者の行為と過剰防衛の成否) | 54 |
| 第15問 (間接正犯・責任故意) | 58 |
| 第16問 (被害者を利用した間接正犯・共犯と錯誤) | 62 |
| 第17問 (刑事未成年を利用した間接正犯) | 66 |
| 第18問 (承継的共犯) | 70 |
| 第19問 (幫助の因果性) | 74 |
| 第20問 (共犯関係の解消) | 78 |
| 第21問 (共同正犯と幫助の区別) | 82 |
| 第22問 (共同正犯と正当防衛) | 86 |
| 第23問 (共同正犯と正当防衛) | 90 |
| 第24問 (共同正犯と正当防衛) | 94 |
| 第25問 (狭義の共犯) | 98 |
| 第26問 (不作為の正犯と共犯) | 102 |
| 第27問 (共同正犯と幫助の区別) | 106 |
| 第28問 (自殺関与罪と同意殺人罪) | 110 |
| 第29問 (監禁罪) | 114 |
| 第30問 (名誉毀損罪) | 118 |
| 第31問 (墮胎罪・保護責任者遺棄罪と身分犯) | 122 |
| 第32問 (強制性交罪・事後的奪取意思) | 126 |
| 第33問 (死者の占有・横領と窃盜の区別) | 130 |
| 第34問 (強盜予備の成否・強盜殺人の成否) | 134 |
| 第35問 (強盜予備・住居侵入・窃盜) | 138 |
| 第36問 (事後強盜) | 142 |

| | | |
|------|-------------------|-----|
| 第37問 | (窃盗罪と不法領得の意思) | 146 |
| 第38問 | (詐欺罪) | 150 |
| 第39問 | (クレジットカード詐欺) | 154 |
| 第40問 | (詐欺罪) | 158 |
| 第41問 | (不法原因給付と詐欺) | 162 |
| 第42問 | (情報の不正入手) | 166 |
| 第43問 | (クレジットカード詐欺) | 170 |
| 第44問 | (情報の不正入手・権利行使と恐喝) | 174 |
| 第45問 | (窃盗罪と親族間の特例) | 178 |
| 第46問 | (交付罪) | 182 |
| 第47問 | (クレジットカード詐欺) | 186 |
| 第48問 | (強盗罪) | 190 |
| 第49問 | (2項犯罪・死者の占有) | 194 |
| 第50問 | (占有の有無と窃盗罪の成否) | 198 |
| 第51問 | (盗品等に関する罪) | 202 |
| 第52問 | (二重譲渡と横領罪) | 206 |
| 第53問 | (不法原因給付と財産犯) | 210 |
| 第54問 | (背任罪) | 214 |
| 第55問 | (横領と背任の区別) | 218 |
| 第56問 | (詐欺・恐喝・横領) | 222 |
| 第57問 | (強盗利得罪・死者の占有) | 226 |
| 第58問 | (財産犯総合) | 230 |
| 第59問 | (公文書偽造) | 234 |
| 第60問 | (私文書偽造) | 238 |
| 第61問 | (詐欺罪と私文書偽造罪) | 242 |
| 第62問 | (私文書偽造) | 246 |
| 第63問 | (権限の冒用と私文書偽造) | 250 |
| 第64問 | (放火罪) | 254 |
| 第65問 | (業務妨害罪と公務執行妨害罪) | 258 |
| 第66問 | (犯人蔵匿罪) | 262 |
| 第67問 | (犯人蔵匿罪) | 266 |
| 第68問 | (犯人隠避罪) | 270 |
| 第69問 | (収賄罪) | 274 |
| 第70問 | (横領と背任の区別) | 278 |
| 第71問 | (財産犯総合) | 282 |

第2部 予備試験過去問

| | | |
|------|--------------------|-----|
| 第72問 | (因果関係の錯誤) | 288 |
| 第73問 | (被害者の承諾・共犯関係からの離脱) | 294 |
| 第74問 | (振り込め詐欺) | 300 |
| 第75問 | (正当防衛の防衛の意思・相当性) | 306 |
| 第76問 | (業務上横領罪・受託収賄罪) | 312 |
| 第77問 | (放火罪) | 318 |
| 第78問 | (不能犯・間接正犯) | 324 |
| 第79問 | (横領罪・強盗利得罪) | 330 |

第 1 部

法科大学院入試過去問
旧司法試験過去問・他

第1問

甲は、深夜の繁華街で車を運転していたところ、前方不注意により歩行者Xをはねてしまった。甲は、車から降りて様子を見に行ったが、Xが血を大量に流しているのを見て怖くなり、死んでもかまわないと思ってそのまま逃げてしまった。

その30分後、現場付近に住んでいた乙がXを発見し、車で病院まで連れて行こうと思ひ、自宅のガレージまでXを背負って帰った。しかし、乙は、ガレージ内でXの顔をしっかりと見たところ、Xがかねてから恨みのある人物であることに気付いたため、「このまま死んでも構わないから放っておこう。」と考えて、Xをそのままガレージに放置しておいた。その結果、明け方頃にXは出血多量で死亡したが、乙がXを病院に運んでいれば確実に助かった場合であった。

甲及び乙の罪責を論ぜよ（「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」（自動車運転死傷処罰法）以外の特別法違反の点は除く。）。

参考

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）

第五条 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、七年以下の懲役若しくは禁錮又は百万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。

答案構成用シート

解答例

第1 甲の罪責

1 殺人罪（199条）の成否

- (1) 甲は死んでもかまわないと思ってXを放置しているため殺人罪が成立しないか、甲の不作为に殺人罪の実行行為性が認められるか問題となる。
- (2) 実行行為は犯罪の結果発生の現実的危険を有する行為であるところ、不作为によっても結果発生の危険性を生じさせることはできる。もっとも、自由保障の観点から、不作为による実行行為性が認められる範囲を限定する必要がある。そこで、①作為義務の有無、②作為の可能性・容易性を考慮し、作為と構成要件的に同価値と認められる不作为に実行行為性が認められると解する。作為義務の有無は、法令・契約・事務管理・排他的支配・社会継続的保護関係等の事情を総合して判断する。
- (3) 本問で甲は車に乗っていたため、Xを救護することは容易かつ可能であったといえる(②)。しかし、甲がXを放置したのは繁華街という深夜でも人通りのある場所であるから、排他的支配関係を設定してXの死亡に至る因果の流れを支配しているとはいえない(①)。
- したがって、甲の不作为は作為による殺人と構成要件的に同価値とはいえず、実行行為性は認められない。
- 以上により、甲には殺人罪は成立しない。

● 殺人罪の成否

● 不作为の実行行為性

● あてはめ

2 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第5条）の成否

- (1) 甲は前方不注意によりXをはねたため、「自動車の運転上必要な注意を怠」ったといえる。そして、Xは、甲に車ではねられたことにより負った傷から多量に出血したことにより死亡している。もっとも、甲がXをはねてからXが死亡する間には、乙がXを自宅のガレージに運び放置したという事情が介在している。そこで、甲の行為とXの死亡との間に因果関係が認められるかが問題となる。
- (2) 因果関係は、当該行為が結果を引き起こしたことを理由に、より重い刑法的評価を加えることが可能なほどの関係が認められるかという法的評価の問題である。そこで、因果関係の存否は、実行行為の危険性が結果へと現実化したかという観点から判断する。
- (3) 本件は、乙がXをガレージに放置せず、病院に運んでいれば確実に助かった場合である。そうすると、甲がXをはねた行為は人の死亡という結果を招く危険性のある行為とはいえない。ここで、乙がXを自宅のガレージまで運び放置したという事情は甲の行為の危険性判断にあたり考慮しない。なぜなら、乙の行為は甲のXをはねるという行為により誘発されたものではないからである。

● あてはめ

したがって、甲が自動車でXをはねるという行為の危険が、死の結果となって現実化したものとは認められないため、因果関係は認められない。よって、甲には過失運転致傷罪が成立するにとどまる。

第2 乙の罪責について

- 1 (1) 乙は死んでもかまわないと思ってXを自宅ガレージに放置しているため殺人罪が成立しないか、乙の不作为に殺人罪の実行行為性が認められるか問題となる。
- (2) 乙の不作为の実行行為性は、上記と同様の基準で判断する。
- (3) 乙はXを病院まで連れて行こうとしたのであるから事務管理（民法697条）が成立しているとみることができる。

また、乙はXを自宅ガレージまで運んでおり、第三者がXを発見する可能性は極めて低いといえる。したがって、Xは乙の救助を引き受け、Xの生命は乙に依存していたということがいえ、Xの死の結果に対して排他的支配を設定したといえることができる(①)。

よって、乙はXの死に関して、因果の流れを支配していたものと認められ、作為義務を肯定できる。

また、乙は自宅までXを背負って帰ったのであるから、Xを病院に運ぶという作為の可能性・容易性も認められ

る(②)。

以上により、乙の不作为に殺人罪の実行行為性が認められる。

- 2 作為と同じ基準で判断される不真正不作为犯が観念できる以上、因果関係の判断について作為犯と異なった判断をする必要はない。本問で、負傷しているXを自宅のガレージという人目につかない場所に放置する行為は、それ自体、人の死亡という結果を招く危険な行為である。したがって、乙の不作为とXの死亡との間に因果関係が認められる。
- 3 よって、乙には殺人罪が成立する。

以上

第2問

甲は、かつて働いていたA社に忍び込んで金品を盗もうと考え、親友であるA社の従業員乙にこの計画を打ち明けて、その援助を依頼した。乙は、甲からその依頼を受けて、甲のために協力したいと思い、甲に「社員が退社した後に、A社の通用口の鍵を開けておくよ。」と伝えたところ、甲は、「助かるよ。」と乙に礼を言った。

乙は、甲からあらかじめ告げられていた犯行の当日、乙以外のA社の社員全員が退社した後、甲に伝えていたとおり同社通用口の施錠を外して帰宅した。甲は、パールを持ってA社の前まで来たが、A社の中に人がいるような気配がしたので、急きょ計画を変更してA社の隣にあるB社に忍び込むことにした。そこで、甲は、B社に行き、たまたま開いていたB社の建物の玄関ドアから誰もいない建物内に入った。甲は、その事務室に入り込み、パールで金庫をこじ開け、その中から現金を盗み、更に金目の物がないかと室内を物色していたところ、机の上に積まれていた書類の束に甲の手が触れたため、その書類の束がB社の従業員丙が退社の際に消し忘れていた石油ストーブの上に落ち、これに石油ストーブの火が燃え移った。甲は、その書類の束から小さな炎が上がり、更にストーブの上から燃え落ちた火が床にも燃え移りそうになっているのを見て、今なら近くにあった消火器で容易に消せるが、このまま放置すればその火が建物全体に燃え広がるだろうと思いながらも、消火のためにここにとどまれば自分の盗みが発覚するのではないかとおそれて、その場からそのまま立ち去った。

他方、帰宅途中であった丙は、石油ストーブを消し忘れていたことを思い出し、B社に戻り、その事務室に入ろうとしたところ、事務室の床が燃えているのを発見した。この時点でも、まだ容易にその火を消すことができる状況にあったことから、丙は、その火をそのまま放置すれば建物全体が燃えてしまうと思いつつ、今ならまだ近くにあった消火器で十分消せると考えた。しかし、丙は、その床が燃えているのは自分の石油ストーブの消し忘れが原因であると思い、自分の火の不始末が発覚するのをおそれて、その場からそのまま立ち去った。その結果、B社の建物は全焼した。

甲、乙及び丙の罪責を論ぜよ（ただし、特別法違反の点は除く。）。

（平成22年度旧司 第1問）

答案構成用シート

解答例

第1 甲の罪責について

- 1 甲がB社建物に「正当な理由」なく立ち入った行為に建造物侵入罪（130条前段）が成立する。
- 2 次に、甲が金庫の中から現金を盗んだ行為に窃盗罪（235条）が成立する。
- 3 では、書類の束に石油ストーブの火が燃え移り、床に燃え移りそうになっているのを認識しつつ立ち去った行為に非現住建造物等放火罪（109条1項）が成立しないか。
 - (1) B社建物は「現に人が住居として使用」しているといえず、甲が侵入した際に他に誰もいなかった以上、「現に人がいない建造物」といえる。
 - (2)ア もっとも、甲は自ら火を点けたわけではなく、その場から立ち去ったにすぎない。このような不作為が「放火した」に当たるか。

イ 実行行為とは、構成要件結果発生の現実的危険を惹起する行為であるから、不作為によっても右危険を惹起することは可能である。しかし、自由保障の観点から、不作為による実行行為性が認められる範囲を限定する必要がある。そこで、作為との構成要件的同価値性が認められる場合、具体的には、①法的作為義務の存在、②作為の可能性・容易性をもって判断する。

ウ 本問では、書類の束に火が燃え移ったのは、甲の手が書類の束に触れたからであり、甲自身の責に帰すべき事由によりB社

● 不作為による放火の成否

焼損の原因を作出している。また、そのまま放置すれば、床に燃え移ることは確実で、しかもその場には甲しかおらず、消火できるのは甲のみであったから排他的支配関係も認められる。そうだとすれば、甲には消火すべき法的作為義務が認められる(①)。さらに、この時点では書類の束から小さな炎が上がっているに過ぎず消火は可能であり、近くに消火器があることから容易でもあった(②)。

以上より、甲の不作為は作為との構成要件的同価値性が認められるから、実行行為性が認められ、「放火した」といえる。

- (3) B社建物は全焼しているので、「焼損した」といえる。

なお、結果発生までに丙の不作為も介在しているが、本問焼損結果は甲の不作為による危険が現実化したものにすぎないから、丙の不作為の介在があったとしても因果関係が認められる。
- (4) よって、当該行為に非現住建造物放火罪が成立する。
- 4 以上より、甲は①建造物侵入罪、②窃盗罪、③非現住建造物放火罪の罪責を負い、①と②は全体として牽連犯（54条1項後段）、③とは併合罪（45条前段）となる。

第2 乙の罪責について

- 1 乙が甲の依頼を受け、A社通用口の施錠を外した行為に建造物侵入罪（130条前段）及び窃盗罪（235条）の幫助犯（62条1項）が成立しないか。
 - (1) 甲は当初A社に侵入し窃盗行為を行う予定であったが、急きよ

B社に変更しており、乙は甲の犯行を容易にしたとはいえ、「幫助した」といえないのではない。

- (2) 幫助犯の処罰根拠は、正犯の実行行為を容易にして結果発生の危険を高めることにあるから、正犯の実行を物理的又は心理的に容易にしたという場合には、「幫助した」といえると解する。
- (3) 本問では、乙は甲が侵入したB社建物ではなくA社建物の施錠を外したに過ぎないので、甲の実行を物理的に容易にしたとはいえない。また、甲は乙が協力を引き受けてくれたことについて「助かるよ。」と告げ、安心して侵入できるようになったといえるが、それはA社建物への侵入であり、B社建物への侵入は乙の協力がなければならぬことを認識している以上、甲の実行を心理的に容易にしたともいえない。
- よって、乙は甲の実行を「幫助した」とはいえない。
- (4) なお、客観面で「幫助した」とはいえない以上、錯誤は問題とならない。
- (5) よって、当該行為に建造物侵入罪と窃盗罪の幫助犯は成立しない。

● 幫助犯の成否

2 以上より、乙はなんらの罪責も負わない。

第3 丙の罪責について

- 1 丙が事務室の床が燃えているのを発見したにもかかわらず、その場から立ち去った行為に非現住建造物放火罪（109条1項）が成立しないか。

- 2 丙にはその場を立ち去ったという不作為が認められるにすぎないので、当該行為が同罪の実行行為性を有するか。

事務所の床が燃えているのは、丙が本来退社の際に消さなければならぬ石油ストーブの火を消さなかったのが元々の原因であり、丙が自己の責に帰すべき事由により出火原因を作出している。また、その場にいたのは丙のみで、他の者は火を消すことができない状況であり、丙はB社従業員であるので、火を消す義務も有していたといえる。そうだとすれば、丙には消火すべき法的作為義務が認められる(①)。さらに、丙が出火を発見した時点で、近くにあった消火器で火を消すことは可能であり、容易であった(②)。以上より、丙の不作為も作為との構成要件的同価値性が認められ、実行行為性が認められる。

- 3 もっとも、放火罪は独立燃焼に達した時点で「焼損した」といえるところ、本問では丙が出火を認識した時点で独立燃焼に達しており、実行行為性が認められないとも思える。

しかし、丙が期待された作為をすれば独立燃焼状態を解消できた以上、消火行為に出るべき法的作為義務が認められるから、丙の不作為は実行行為性を有する。

- 4 以上より、丙は「現に人が住居に使用せず」「現に人がいない建造物」を「放火して」「焼損した」といえ、当該行為に非現住建造物放火罪が成立し、丙は同罪の罪責を負う。

以上

● 不作為による放火罪の成否

第3問

甲は、甲の母X、妻乙及び甲の友人の子である大学生丙と共に暮らしていた。日ごろから高齢であるXの介護のため精神的・肉体的に疲れきっていた乙は、今の状況から逃れるにはXを殺害するほかないと考え、ある日の夜、殺意をもって、就寝中のXの頭部をゴルフクラブで数回殴打した。Xの悲鳴を聞いて駆けつけた甲は、ゴルフクラブを振り上げてXを更に殴打しようとしている乙に対し、「何をやってんだ。やめないか。」と言いながら、そこに駆けつけた丙と共に乙の行為をやめさせた。

Xは頭部から血を流して意識を失っていたものの息があったので、甲は、Xを直ちに病院に連れて行き、医師の治療を受けさせれば死ぬことはないだろうと考えた。そこで、甲は、丙に対し、「Xを病院に連れて行くので手伝ってほしい。」と頼み、これを承諾した丙と共にXを甲の車に乗せて病院に向かった。ところが、日ごろから乙に同情していた丙は、Xがこの際死ねばいいと考え、車中で甲に対し、「病院に連れて行って医者から事情を聞かれれば、乙だけではなく、僕たちもやったと疑われますよ。それより、Xを病院の前に降ろして寝かせておきませんか。そうすればだれかがXを見付けて助けてくれますよ。」と提案したところ、甲は、病院の前であればだれかが見付けてくれるだろうからXは死ぬことはないだろうと思ひ、丙の提案を受け入れた。そこで、甲と丙は、ぐったりしているXを車から降ろして病院の前の路上に寝かせて立ち去り、自宅と一緒に戻った。

しかし、丙は、Xが救命されないようにするため、甲に黙って再度病院の前に戻り、Xを人目に付かない植え込みの陰に運び、その場に放置して立ち去った。その後、Xは死亡した。後日判明したところによれば、Xの死因は、治療がなされなかったことによる失血死であった。

甲、乙及び丙の罪責を論ぜよ（ただし、特別法違反の点は除く。）。

（平成20年度旧司 第1問）

答案構成用シート

解答例

第1 乙の罪責について

- 1 乙は殺意をもってXの頭部をゴルフクラブで数回殴打したところ、結果的にXを失血死させている。かかる行為につき殺人罪（199条）が成立するか。
- 2 まず、上記行為には殺人罪の実行行為性が認められ、死亡結果も発生している。
 そうだとしても、Xが死に至るまでに甲や丙の行為が介在しているため、因果関係が認められるか。
 そもそも、因果関係は、当該行為が結果を引き起こしたことを理由に、より重い刑法的評価を加えることが可能なほどの関係が認められうるかという法的評価の問題である。そこで、因果関係の存否は、当該行為が内包する危険が結果として現実化したかという観点から決するものと解する。
- 3 本問についてみると、頭部をゴルフクラブで数回殴打する行為は、その行為自体でXを死亡させる危険性の高い行為といえる。確かに、怪我を負ったXと同居している甲・丙がXを遺棄するという行動におよぶことは異常な介在事情といえる。
 しかし、Xの死因は治療がなされなかったことによる失血死であり、この死因は乙の行為により創出されたものであるから、Xの死亡結果は乙の上記行為の危険が現実化したにすぎない。
 したがって、因果関係が認められる。
- 4 以上より、乙は殺人罪（199条）の罪責を負う。

- 因果関係の存否
- 判断基準

第2 丙の罪責について

- 1 さらに、丙は死ぬまいと思ひ、Xを人目につかない植え込みの陰に放置し立ち去っている。かかる行為について殺人罪（199条）が成立するか。
 そもそも、実行行為とは法益侵害の現実的危険性を有する行為であるところ、かかる行為は不作为によっても可能であるから、不作为にも実行行為性を認めうる。もっとも、処罰範囲を限定すべく、作為との構成要件的同価値性が認められる場合、具体的には、①法的作為義務の存在、②作為の可能性・容易性が認められる場合に実行行為性を認めるべきである。
 本問では、丙は人通りの少ない夜間、Xをいったん病院に連れて行くために車に乗せて病院に向かっておりかかる先行行為によりXの生命は丙に排他的に依存する状態になっていたといえる。よって、①Xを保護すべき法的作為義務が認められる。また、Xを病院へ連れて行くことは可能かつ容易であるから②作為の可能性・容易性も認められる。
 よって上記行為は殺人罪の実行行為にあたる。
- 2 また、Xの死亡という結果が生じており、因果関係もある。
- 3 よって、丙の上記行為に殺人罪（199条）が成立する。
- 4 なお、丙が甲とともにXを車から降ろして病院の前の路上に寝かせて立ち去った行為について単純遺棄罪（217条）が成立するが、殺人罪に吸収される。

- 不作为による殺人罪の成否

5 以上より、丙は殺人罪（199条）の罪責を負う。

第3 甲の罪責について

1 甲がXを病院の前の路上に寝かせて立ち去った行為について、保護責任者遺棄罪（218条）が成立しないか。

まず、甲はXの子であり、「保護する責任を負う者」にあたる。また、頭部から血を流して意識を失っているXは「病者」にあたる。さらに病者であるXを寝かせて立ち去る行為は「遺棄」といえる。

したがって、上記行為について保護責任者遺棄罪が成立する。

2 そうだとしても、保護責任者遺棄致死罪（219条）まで成立するか。X死亡との間に因果関係が認められるか問題となる。

そもそも、病院の前の路上という人に発見されやすく、ただちに治療行為を行うことができる場所にXを寝かせて立ち去る行為は、それ自体人を死亡に至らしめる高度の危険性を有しているとはいえない。また、丙がXを人目につかない場所に移動させ救命が期待できない場所に放置することは異常性が高く、これ自身がXを死亡に至らしめる危険性を有する行為といえる。そうすると、Xの死亡結果は甲の上記行為の有する危険が現実化したものとはいえない。

よって、因果関係は否定され、甲の上記行為には、保護責任者遺棄致死罪は成立しない。

3 このように甲に保護責任者遺棄罪しか成立しないとしても、

● 保護責任者遺棄罪の成否

甲は丙とともに行為をしているので、丙との共同正犯が成立しないか、丙に殺人の故意があるため異なる犯罪間で共同正犯が成立しないか問題となる。

そもそも、共犯の処罰根拠は他の共犯者の行為を介して構成要件的結果を生じさせたことにあり、共犯者はあくまで共犯固有の不法・責任を根拠に処罰されるものである。とすれば、共犯現象は数人による数罪であることから、共同正犯の成立には行為を共同すれば足りると解する（行為共同説）。

したがって、異なる犯罪間の共同正犯も認められると解する。そして、結果的加重犯の共同正犯も肯定すべきと解する。

4 以上より、丙の行為とX死亡との因果関係が肯定できるので、甲は保護責任者遺棄罪の共同正犯（60条、218条）の罪責を負う。

以上

第4問

甲はAを殺そうとして日本刀で切りつけたところ、Aは、身をかわしたため、通常であれば2週間で治る程度の創傷を負うにとどまったが、血友病であったため、出血が止まらず、死亡するに至った。甲は、Aが血友病であることを知らなかった。

甲の罪責について、論ぜよ。

(平成4年度旧司 第1問 改題)

答案構成用シート

解答例（危険の現実化説）

第1 本問で甲が殺意をもってAを日本刀で切りつけたところ、Aは死亡している。甲に殺人罪（199条）が成立するか。甲がAに負わせた創傷は全治2週間という比較的軽微なものであったにもかかわらず、Aは血友病であったため死亡したことから、甲の行為とAの死亡結果との間に因果関係が認められるか問題となる。

第2 因果関係は、当該行為が結果を引き起こしたことを理由に、より重い刑法的評価を加えることが可能なほどの関係が認められうるかという法的評価の問題である。

そこで、因果関係の存否は、実行行為の危険性が結果へと現実化したかという観点から判断する。ここで、実行行為の危険性は客観的に判断されるのであって、被害者の特殊事情を行為者が認識していなかったとしても危険性の判断に影響を与えない。

本問で甲がAに負わせた創傷は全治2週間という比較的軽微なものであるから、通常、人の死亡という結果を招く行為とはいえない。

しかし、Aは血友病という出血が止まらない病気であるから、そのような病気を抱えている人間を日本刀という殺傷能力の高い刃物で切りつける行為は、人の死亡という結果を招く危険のある行為といえる。

したがって、甲の実行行為の危険性が結果へと現実化し

たといえるため、因果関係が認められる。

第3 以上により、甲には殺人罪が成立する。

以上

解答例（相当因果関係説）

第1 甲は、Aを殺そうとして、殺傷能力の高い日本刀で切りつけているため、殺人罪（199条）の実行行為が認められる。

● 実行行為

第2 Aの傷は、2週間で治る程度のものであったが、血友病であったために、出血が止まらず、死亡するに至った。このAの死の結果について因果関係が認められるであろうか。Aが血友病であるという事実について、行為者乙は知らなかったため、このような事情を因果関係の有無において考慮すべきかが問題となる。

1 因果関係は、その結果について刑法上の責任を行為者に問うてよいか否かの判断であり、条件関係を前提としつつも、通常、その行為から、その結果が発生することが、一般的にありうるか、相当性ありといえるかという見地から判断すべきと考える（相当因果関係説）。

● 因果関係の判断基準

このとき、どのような事情を基礎として、相当性を判断すべきかが問題となるが、一般人が知りうる事情及び、行為者が特に認識していた事情を基礎とすべきであるとする立場がある（折衷的相当因果関係説）。

しかし、そもそも因果関係は実行行為と結果との間のつながりの有無という構成要件の客観面の問題であるから、行為者の主観を考慮することは許されない。また、客観的に存在する事実を除外して、因果関係の有無を判断するこ

とはできないはずである。

したがって、行為時に存在したすべての事情及び行為後の事情でも予見可能なものはすべて、基礎事情とすべきである（客観的相当因果関係説）。

2 そこで、客観的相当因果関係説の立場から、本件について考える。

Aが血友病であったという事情を基礎として、因果経過の相当性を判断すると、乙の行為から、Aの死の結果が発生することはありうることであるから、因果関係は認められる。

3 よって、甲には殺人罪（199条）が成立する。

以上

第5問

暴力団の末端組員である甲は、組長であるAから、「この車（以下「A車」という。）を廃車にしようと思うが、手続が面倒だから、お前と何度か行ったことがある採石場に持って行って、後部座席に積んであるガソリンをまいて燃やしてくれ。」と指示された。甲は、組長であるAの指示であることから、これを引き受けた。Aが指示した採石場は人里離れた山中にあり、夜間、人が訪れることは滅多になかった。

夜になると甲は、一人でA車を運転し、採石場に向かった。甲が運転を開始してから1時間程経った頃、トランク内から「助けてくれ。出してくれ。」という人の声が聞こえた。甲が、道端にA車を止めてトランクを開けてみると、トランク内には、同暴力団の幹部組員であるVが手足をロープで縛られて横たわっていた。甲は、この時点で、Aが自分に事情を告げずにA車を燃やすように仕向けてVを焼き殺すつもりであったのだと気付いた。甲はVを殺害することに躊躇したが、甲自身、日頃、Vからいじめを受けてVに恨みを抱いていたことから、Vをトランク内に閉じ込めたままA車を燃やし、Vを焼き殺すことを決意した。甲は、Vが声を出さないようにVの口を車内にあったガムテープで塞いだ上、再びA車を運転して採石場に向かった。甲は、Vの口をガムテープで塞いだものの、鼻を塞いだわけではないので、それによってVが死亡するとは思っていなかった。

甲は、その後、山中の悪路を約1時間走行し、トランク内のVに気付いた地点から距離にして約20キロメートル離れた採石場に到着した。Vは、その間に、上記走行による車酔いによりおう吐し、ガムテープで口を塞がれていたため、その吐しゃ物が気管を塞ぎ、採石場に到着する前に死亡した。

甲の罪責を論じなさい。ただし、監禁罪については検討する必要はない。

（平成25年度 司法試験 第1問 改題）

答案構成用シート

解答例

第1 本問で、甲はVを採石場まで運んで車ごと燃やして殺害する意図の下、Vの口を塞ぎトランクに閉じ込めてA車を走らせるという準備行為を行ったところ、Vは、ガムテープで口を塞がれていたため吐しゃ物が気管を塞いでしまい死亡した。甲のかかる準備行為につき殺人罪（199条）が成立し、甲は同罪の罪責を負うか。

第2 実行行為について

1 実行行為とは、構成要件の予定する法益侵害の直接的現実的危険性を有する行為をいう。本問で、甲は、Vの口をガムテープで塞いだが、鼻を塞いだわけではない。口を塞ぐだけで死の結果の直接的現実的危険性が生じるとはいえないので、甲の行為は殺人予備罪（201条）、もしくは監禁致死罪（221条）が成立するとどまると思える。しかし、特定の犯罪を実現するための準備行為であっても、①かかる準備行為が当該犯罪を確実かつ容易に遂行するために必要不可欠で、②準備行為の後、当該犯罪を遂行する上で障害となるような特段の事情がなく、③準備行為と予定された犯罪の間に時間的場所的近接性が見られる場合には、準備行為にも法益侵害の直接的現実的危険性が認められる。そこで、準備行為時点で実行の着手が認められ、準備行為自体に実行行為性が認められるというべきである。

2 本問で、Vは、運転席にいる甲に聞こえる程の大声で叫

んでおり、そのままでは途中で誰かに気付かれて通報等により救助されかねない。そこで、Vの口を塞ぎ、車から出られないようにトランクに閉じ込めたままにするという準備行為を行えば、Vは声を出して助けを求めることもできなくなり、確実にVを焼き殺すことができる。そして、再びトランクの中に入れることで、トランクの中からはトランクを開けることはできないので、自力で脱出することは著しく困難となり、車に火を放たれれば、Vは逃げられず、死亡という結果に至ることとなる。そうすると、Vから抵抗されることなく焼き殺すためには、Vの口をガムテープで塞いだ上、トランクに閉じ込めることが必要不可欠の前提となっていたといえる(①)。また、Vの口を塞ぐことに成功した場合、採石場に至るまでに、他者にVがA車のトランクに閉じ込められていると気付かれることは考えられず、採石場は人里離れた山中にあり、夜間、人気がない場所であった上、ガソリンも用意されていたのであるから、Vの口を塞いでトランクに閉じ込めてしまえば採石場でVを焼き殺すことに特段の障害はなかった(②)。そして、Vの口をガムテープで塞いだ地点から、Vを焼き殺すつもりであった採石場までは、車で約1時間、距離にして約20キロメートル離れたところであり、至近距離とはいえないが、車で移動していることも考慮すれば時間的・場所的に

● 最決平16.3.22/百選I [第7版] [64]

近接しているといえる (③)。

- 3 以上より、甲がVの口を塞ぎ、トランクに閉じ込めA車を走らせた行為時点で実行の着手が認められ、当該行為が殺人罪の実行行為と認められる。

第3 結果、因果関係について

そして、Vの窒息死という結果も生じており、甲が口をガムテープで塞がなければ吐しゃ物が気管を塞ぐこともなかったのだから、実行行為と結果との間の因果関係も認められる。

第4 故意について

- 1 本問で、甲は、口をガムテープで塞ぎA車を走らせる行為によってVが死亡するとは思っておらず、殺人罪の故意(38条1項)は認められないとも思える。しかし、そもそも口をガムテープで塞ぎトランクに閉じ込めたままAを走らせる行為は、殺人を行う準備行為として行ったものであるから、この時点で甲はVに対する殺意を有しており、殺人罪の故意は認められる。

もっとも、甲はVを採石場で焼き殺す計画であったため、甲が予定した因果経過と異なる経路をたどっている。因果関係も構成要件の要素である以上、故意の対象となるため、かかる因果関係に錯誤があれば故意が阻却されるのではないか。

- 2 故意責任の本質は、規範に直面して反対動機を形成することが可能であるにもかかわらず、あえて行為に出た者に対する道義的非難である。規範は構成要件の形で与えられているから、認識した事実と実現した事実とが、構成要件の評価として一致する限度で実現事実について故意が認められる。そうすると、行為者が想定していた因果経過と現実に発生した因果経過が食い違っていたとしても、そのどちらも法的因果関係の範囲内であればその食い違いは重要でなく、故意は阻却されない。

- 3 本問で、甲は、Vを採石場でA車ごと燃やして焼き殺す予定であった。採石場は人気がないこと、ガソリンがすでに用意されていたこと、トランクから自力で脱出することは不可能であることからすると、甲が想定していた因果経過は殺人罪の構成要件に該当する。また、現実に発生した因果経過も前述の通り殺人罪の構成要件に該当する。したがって、甲は規範に直面していたといえるため、殺人罪の故意は阻却されない。

- 第5 以上により、甲の行為には殺人罪が成立し、甲は同罪の罪責を負う。

以上

第6問

甲は、交際していたAから、突然、甲の友人である乙と同居している旨告げられて別れ話を持ち出され、裏切られたと感じて激高し、Aに対して殺意を抱くに至った。そこで、甲は、自宅マンションに帰るAを追尾し、A方玄関内において、Aに襲いかかり、あらかじめ用意していた出刃包丁でAの腹部を1回突き刺した。しかし、甲は、Aの出血を見て驚がくするとともに、大変なことをしてしまったと悔悟して、タオルで止血しながら、携帯電話で119番通報しようとしたが、つながらなかった。刺されたAの悲鳴を聞いて奥の部屋から玄関の様子をうかがっていた乙は、日ごろからAを疎ましく思っていたため、Aが死んでしまった方がよいと考え、玄関に出てきて、気が動転している甲に対し、119番通報をしていないのに、「俺が119番通報してやったから、後のことは任せろ。おまえは逃げた方がいい。」と強く申し向けた。甲は、乙の言葉を信じ、乙に対し、「くれぐれもよろしく頼む。」と言って、その場から逃げた。乙は、Aをその場に放置したまま、外に出て行った。Aは、そのまま放置されれば失血死する状況にあったが、その後しばらくして、隣室に居住するBに発見されて救助されたため、命を取り留めた。

甲及び乙の罪責を論ぜよ。（特別法違反の点は除く。）

（平成16年度旧司 第1問）

答案構成用シート

解答例

第1 甲の罪責について

- 1 まず、甲が、A殺害の目的で出刃包丁を持ってA宅玄関内に侵入する行為は、住居の平穏を害する行為であるから、住居侵入罪（130条前段）が成立する。
- 2 次に、甲はAの腹部を包丁で突き刺しており、また甲には殺意もあるので、殺人罪（199条）の実行の着手が認められる。もっとも、Aは後にBに救助されているから、甲には殺人未遂罪（203条、199条）が成立する。
- 3 もっとも、本件では、Aを突き刺した後、大変なことをしてしまったと悔悟して、タオルで止血しながら119番通報をしようとしている。そこで、甲に中止犯（43条ただし書）が成立しないか。中止犯が成立するためには、①実行の着手、②結果の不発生、③「自己の意思により」、④「犯罪を中止した」ことが必要である。

● 住居侵入罪の成否

● 殺人罪の成否

● 中止犯の成否

- (1) 本件においては、①、②は問題なく認められる。この点、②に関して、中止行為と結果不発生との間の因果関係を要求する見解もある。

しかし、43条ただし書が刑の必要的減免を認めるのは、一度は法に違反したものの、法の要求に応えようとして中止行為に出たことに示される行為者の人格態度が、責任非難を減少させるからである。そうだとすれば、結果発生を防止する真摯な努力があれば、たとえ結果不発生に寄

与しなかった場合でも、行為者に対する責任非難は減少し、中止犯の成立を認めることができる。したがって、中止行為と結果不発生との間の因果関係は要求されない。

- (2) 次に、甲は「自己の意思により」中止したといえるか。中止犯による刑の必要的減免の根拠は、行為者の責任減少にあるから、「自己の意思により」とは、外部的障害がないのに、行為者が自己の意思によって中止行為をすることをいうと解する。

本件において、甲は「大変なことをしてしまったと悔悟」し止血・通報しているから、「自己の意思により」といえる。

- (3) それでは、甲は「犯罪を中止した」といえるか。

本件においては、死の結果発生の危険性が十分に認められる刺殺行為が終了してしまっているから、積極的な結果防止措置が必要であるところ、甲は自ら119番通報することなく、乙の言葉を信じて逃げてしまっている。これでは中止行為として不十分ではないか。

確かに、自ら中止行為をせずに他人任せにした場合には、中止行為の真摯性が認められないのが原則であるといえる。

しかし、本件において、甲はタオルで止血しつつ、自ら携帯電話を使って119番通報をしようとしている。ま

た、同居人が被害者を殺そうと思っている事案はまれであり、乙の「俺が119番通報してやった」との言葉にだまされてもやむを得ない。そして、甲は最初から逃げようとしていたわけではなく、乙から「後のことは任せろ。お前は逃げたほうがいい」と言われたことによって逃げたにすぎない。そうだとすれば、本件では、乙に騙されなければ甲は自ら119番通報をやり遂げたはずであるから、この事情を考慮し、当初の止血行為および119番通報により中止行為の真摯性を肯定できる。

したがって、甲には中止犯が成立する。

- 4 以上より、甲は住居侵入罪（130条前段）および殺人未遂罪（203条、199条）の中止犯（43条ただし書）の罪責を負い、両罪は牽連犯（54条1項後段）となる。

第2 乙の罪責について

- 1 乙は甲に出刃包丁で突き刺されたAを見て、死んでしまったほうがよいと考え、Aをその場に放置したまま外に出て行った。この乙のAを放置した行為が殺人罪の実行行為にあたるかが問題となる。
- 2 実行行為とは、構成要件結果発生の実現的危険を惹起する行為であるから、不作為によっても右危険を惹起することは可能である。しかし、自由保障の観点から、不作為による実行行為性が認められる範囲を限定する必要がある。

● 不作為犯の成否

そこで、作為との構成要件的同価値性が認められる場合、具体的には、①法的作為義務の存在、②作為の可能性・容易性をもって判断する。

- (1) まず、乙はAの同居人であり、条理に基づく作為義務が認められる。さらに乙は119番通報しようとしている甲を騙して甲の通報を妨げるといふ先行行為も認められる。そして、これにより乙はAを排他的支配下においたものと評価することができ、①法的作為義務が認められる。
- (2) そして、②乙が119番通報することは可能な状況であり、それ自体容易な行為といえる。
- (3) したがって、作為との構成要件的同価値性が認められる。
- 3 以上より、乙がAを放置した行為は殺人罪の実行行為にあたり、乙は殺人未遂罪（203条、199条）の罪責を負う。

以上

第7問

甲は乙に対して、報酬を支払うことを約束して、Aを殺すように依頼した。そこで乙は、ある夜Aを殺そうとして待ち伏せしていたが、まわりが暗かったために、BをAだと思い、ピストルを発射してBを殺してしまった。甲乙の罪責を論じなさい。

(平成16年度 上智大学法科大学院 改題)

答案構成用シート

解答例

第1 乙の罪責について

1 本問乙はピストルでBを射殺しているので、殺人罪（199条）の構成要件に該当する。

しかし、乙はBをAと誤信して殺害しており、故意（38条1項）が阻却されるのではないか。

2 故意責任の本質は、犯罪事実を表象し規範に直面したにもかかわらず、あえて犯罪行為に出た点に重い反規範的人格態度が認められる点にある。

そして、行為者の直面する規範は構成要件によって与えられているから、同じ構成要件の評価を受ける事実について表象している場合は、同様の規範に直面しているといえる。

よって、構成要件の範囲内で主観と客観が一致していれば故意責任を問うると解する。

3 本問乙はAという「人」を殺害するつもりで、Bという「人」を殺害しているにすぎないから、同一構成要件内で主観と客観が一致している。

したがって、乙の故意は阻却されない。

以上から、乙は殺人罪の罪責を負う。

第2 甲の罪責について

1 本問甲は乙に対してAを殺害するよう依頼している。そのため、Aは殺人罪（199条）の教唆犯（61条1項）の罪責を負う可能性がある。

しかし、実際に乙が殺害したのはBであり、甲の依頼と異なる結果が生じている。

そのため、甲には同罪の故意（38条1項）が認められないのではないか。

2 前述のように構成要件の範囲内で主観と客観が一致していれば故意責任を問うる。

3 本問においては、甲の主観と正犯者である乙が実行した結果はともに「人」という構成要件の範囲内で一致しているので、甲には故意が認められる。

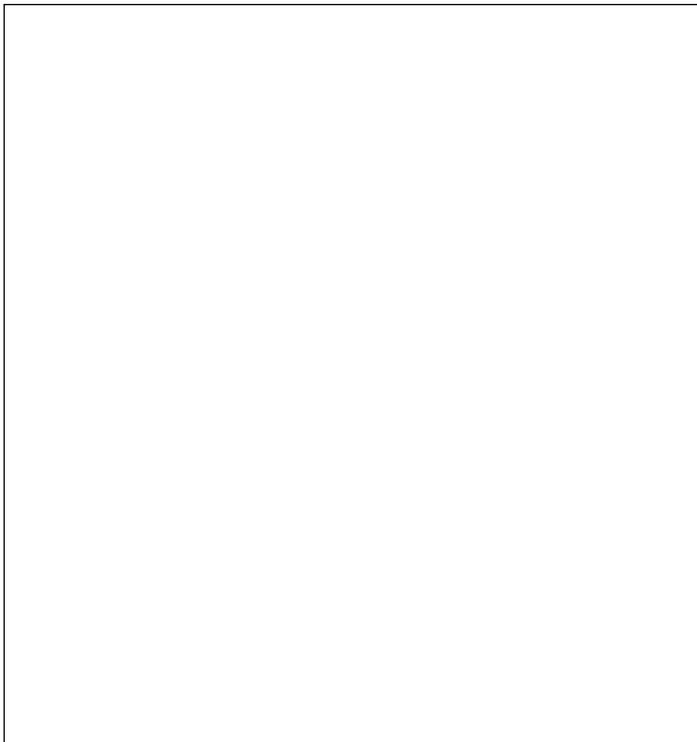
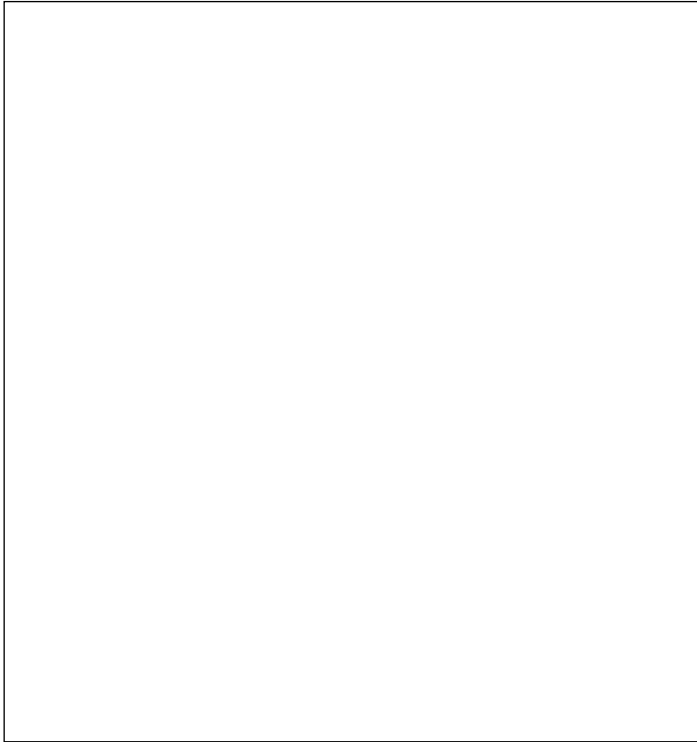
以上から、甲は殺人罪の教唆犯の罪責を負う。

以上

● 具体的事実の錯誤

● 共犯間の錯誤

● 最判昭25. 7. 11/百選 I [第7版] [89]



第8問

大学生Xは、同級生数人を集めて参加費無料の「コカインパーティー」をするつもりで、薬物の密売に手を染めている友人Aから麻薬であるコカインを代金10万円で買うことを約束していた。数日後、AからXの携帯電話に、単に「手に入った」と記載してあるだけのメールが入り、Xは、折り返し、「〇月〇日正午、学生食堂で」とメールで返信し、Aは「OK」とメールで返答した。待ち合わせの時刻ころ、Xが学生食堂で昼食をとっていると、まもなくAがやってきて隣の席に座ったので、Xは約束の10万円を支払い、Aから封をした茶封筒を受け取った。Xは、この茶封筒に上記麻薬が入っているものと思い、開封せずにそのまま自宅に持ち帰ると、クローゼット内のアクリル衣装ケースの衣類の間に隠し入れ、後日「コカインパーティー」ですべて費消する目的で所持していた。キャンパス内の薬物取引の内偵をしていた警察は、Aを逮捕し、その供述からXが自宅に薬物を隠し持っているとの情報を得て、捜索差押許可状によってX宅を捜索したところ、上記アクリル衣装ケースから茶封筒を発見した。茶封筒の内容物を鑑定したところ、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩酸塩の粉末であった。

Xの罪責について論じなさい。

なお、覚せい剤取締法41条の2によれば、覚せい剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者は、10年以下の懲役に処するとされ、麻薬取締法66条1項によれば、麻薬を、みだりに、製剤し、小分けし、譲り渡し、譲り受け、又は所持した者は、7年以下の懲役に処するとされている。

(平成17年度 駒澤大学法科大学院)

答案構成用シート

解答例

第1 XはAから覚せい剤を譲り受けて所持しており、客観的事実としては、覚せい剤譲受・所持罪の客観的構成要件に該当する行為を行っている。一方で、Xの認識は麻薬であるコカインの譲受け・所持である。

このように行為者が認識していた構成要件的事実と現実に発生した構成要件的事実が異なる場合、故意犯の成立を認めることができるかが問題となる。

38条2項によれば、本問のように軽い犯罪事実の認識で重い犯罪事実を実現した場合、重い犯罪（覚せい剤譲受罪及び所持罪）の法定刑で処罰できないことは確かであるが、軽い犯罪事実（麻薬譲受罪及び所持罪）で処罰できるかは解釈に委ねられている。

第2 故意責任の本質は、規範に直面しつつ犯罪行為にでた反規範的人格態度に対する重い非難である。そして、規範は構成要件の形で与えられているから、認識した事実と実現した事実との間に構成要件の実質的な重なり合いが認められる場合、その限度では規範の問題が与えられるので、その範囲で故意犯の成立を認めることができる。そして、構成要件は一定の法益侵害を生じさせる一定の行為の型であるから、重なり合いの有無は、法益の共通性と行為態様の共通性により判断する。

第3 これを本問についてみると、覚せい剤譲受・所持罪と麻

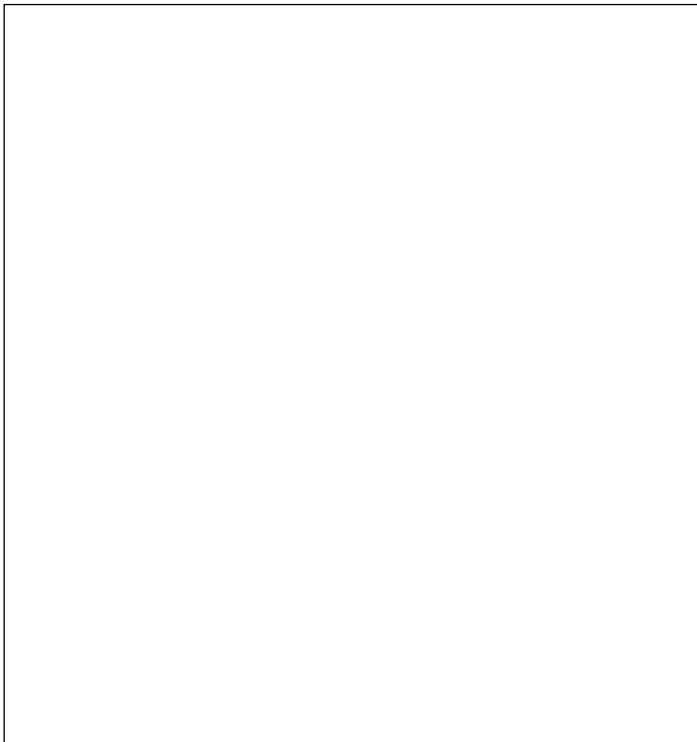
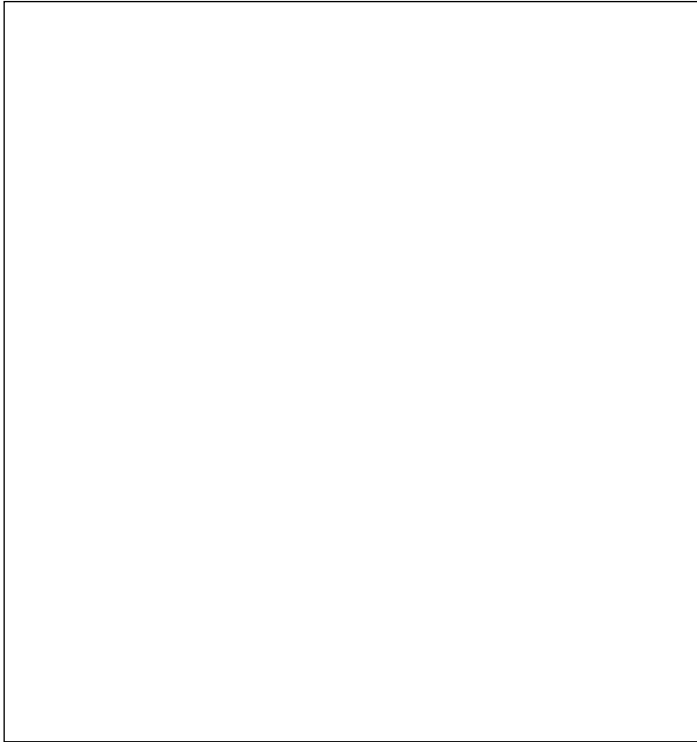
薬譲受・所持罪は行為態様が共通であり、また、両罪共に違法有害な薬物から社会を守ることを保護法益にしており、法益に共通性がある。したがって、故意犯の成立を認めることができる。

第4 よって、Xの行為に麻薬譲受・所持罪（麻薬取締法66条1項）が成立する。

以上

● 最決昭61. 6. 9/百選I [第7版] [43]

● 抽象的事実の錯誤



第9問

1 甲（79歳）は体格のよい乙（20歳）を冗談のつもりでからかったところ、乙が「おまえ殴られたいんか」等と言って足を蹴り上げる動作をしながら迫ってきた。甲は怖くなって後ずさりしたが乙に追いかけて目前に迫られたため、同人の接近を防ぎ、危害を受けるのを防止するため、包丁を腰のあたりに据え、「切られたいんか」等と申し向けた。

この場合の甲の罪責を論ぜよ（銃刀法違反については除く）。

2 丙は、口論をしていた丁が胸倉をつかんできたことから、これを突き放し、「俺のモデルガン（傷害能力しかない）で痛い目にあわせてやろうか」等と申し向け上着のポケットに手を突っ込んだ（実際には上着にはモデルガンは入っていなかった）。これをみて、丁は丙がモデルガンで自己を狙撃してくるものと誤信し、丙を気絶させて逃げようと考え、付近にあった斧で丙を数回殴打し、死に至らしめた。このとき、丁は興奮状態にあり、当該棒が斧だと気が付かず、何か棒状の物としか思っていなかった。

この場合の丁の罪責を論ぜよ。

答案構成用シート

解答例

第1 小問1について

- 1 まず、甲が乙に対して包丁を腰に据え、「切られたいんか」等と申し向けた行為は、脅迫罪（222条1項）ないし暴行罪（208条）の構成要件に該当する。
- 2 しかし、甲は乙の接近を防ぎ、同人からの危害を防止するため、上記行為に及んでいる。そこで、甲には正当防衛（36条1項）の成立が考えられる。
 - (1) まず、乙が甲に足を蹴り上げる動作をしながら近づいており、甲に対する「急迫不正の侵害」は存在する。また、甲の行為は「自己……の権利を防衛するため」の行為といえる。
 - (2) ア しかし、乙の素手による侵害に対し甲は包丁で応じており、「やむを得ずした行為」とはいえないのではないか、その意義が問題となる。

イ 正当防衛の場合、防衛者とその相手方とは「正対不正」の関係にあるから、必ずしも防衛行為が唯一の侵害を回避する方法であることは要求されないし、厳格な法益の権衡も要求されない。

したがって、反撃行為自体が防衛手段としての相当性を満たしていれば「やむを得ずした行為」といってよい。具体的には、武器対等の原則を基本としつつも、攻撃者と防衛行為者の性別、年齢、力量等をも考

- 構成要件の指摘
- 最判平元.11.13/百選I〔第7版〕〔25〕
- 正当防衛
- 要件の検討
- 相当性がメイン論点

慮して防衛行為として社会的に許容される場合であれば、相当性を満たすと解する。

- ウ 本問では、甲は79歳と高齢であるのに対し、足を蹴り上げる動作をしながら甲に迫っている乙は20歳と若く、体力に優れていると考えられる。また、甲は、後ずさりしながらも乙に追い詰められて初めて当該防衛行為に及んだものであり、しかも包丁は脅しに用いるにとどまっているなど防御的行為に終始している。

かかる事情から、甲の行為は、社会的に許容される行為と認められる。

- (3) したがって、本問の甲の行為には相当性が認められる。
- 3(1) 以上のように、甲の行為は正当防衛の要件に該当するが、本問ではそもそも甲が冗談で乙をからかったことが乙の侵害の発端である。かかる自招防衛であることを理由に、正当防衛の成立が否定されるとも思われるが、この点どのように解すべきか。
- (2) いわゆる自招侵害については、①侵害行為が先行行為に触発されたその直後における近接した場所での一連一体の事態であり、②侵害行為が先行行為の程度を大きく超えるなど特段の事情がない限り、侵害行為に対して反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえ、正当防衛は認められないものとする。

- あてはめ

- 自招侵害
最決平20.5.20/百選I〔第7版〕〔26〕は、故意による暴行が先行する事案において、①先行行為と侵害行為の関連性、②先行行為と侵害行為の程度に着目している。

本問において、①乙が足を蹴り上げる動作をしながら迫ってくるという侵害行為は甲が冗談のつもりでからかうという先行行為に触発されたものであり、先行行為の直後における近接した場所での一連一体の事態といえる。②もっとも、甲はからかったのみで有形力を行使することはなかったのに対し、79歳の甲に比べて20歳という若さで体格のよい乙はそのからかいに対して暴行行為に及んでいるのだから、侵害行為が先行行為の程度を超えるものと評価することが出来る。よって、上記特段の事情が認められる。

したがって、甲の行為は侵害行為に対して反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為といえるので、正当防衛が成立する。

4 よって、甲は何ら罪責を負わない。

第2 小問2について

1 本問丁は、丙を気絶させるという傷害の故意で丙を斧で数回殴打し、「よって」丙を「死亡させ」ており、かかる行為は傷害致死罪（205条）の構成要件に該当する。

また、本問では急迫不正の侵害を欠くため正当防衛（36条1項）は成立しない。

2(1) しかし、本問で丁は丙がモデルガンで自己を狙撃してくるものと考え、棒状の物をもって防衛行為に及ぶとい

● あてはめ

う認識を有している。かかる認識は正当防衛の認識にあたるが、行為者が、違法性阻却事由がないのにあると考えている場合、「罪を犯す意思」（38条1項）があるといえるか。

(2) 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されるのに、あえて犯行に及んだ点に求められる。したがって、自己の犯罪事実を認識・認容した場合、故意責任を問うことができると解する。

ここに、違法性阻却事由がないのにあると認識した場合、違法性の意識を喚起することはできない。したがって、違法性阻却事由に錯誤があるときは、犯罪事実を認識しているとはいえず、故意は阻却される。

(2) 本問において、丙はポケットに手を突っ込んで、モデルガンで狙撃する旨の言動をしているから、丁は急迫不正の侵害を認識していたものといえる。また、丁は当該棒状の物が斧であることは認識していないので、防衛行為の相当性の認識も認められる。

3 以上から、丁には傷害致死罪は成立しない。

もっとも、棒状の物を斧と認識した点については、注意義務違反が認められるといえるから、重過失致死罪（211条後段）又は過失致死罪が成立する（210条）。

以上

● 誤想（過剰）防衛

● 最決昭62.3.26/百選I [第7版] [29]

● あてはめ

過剰性の認識があったものと認定することも可能（最判昭24.4.5参照）、その場合、誤想過剰防衛の問題となる。

第10問

AとBは、共通の知人であるX宅で対談中であったが、ささいなことから口論となり、A・Bともに激昂し始めたところ、Bが突然にナイフのようなものを振りかざしてAに襲いかかってきた。このため、Aは咄嗟にX宅に置いてあったゴルフクラブを手に取り、Bに反撃しBに3週間の加療を要する怪我を負わせてしまった。その際、AはX氏所有のゴルフクラブ（時価10万円相当）を破損してしまった。

Aの刑事責任を論述せよ。

(平成16年度 明治大学法科大学院)

答案構成用シート

解答例

第1 Bに傷害を負わせた点について

- 1 本問AはゴルフクラブでBに3週間の加療を要する「傷害」を負わせている。そのため、Aの行為は傷害罪（204条）の構成要件に該当する。

しかし、Aの行為はBが襲いかかってきたことに対するものである。そこで、Aの行為につき、正当防衛（36条1項）の成否を検討する。

- 2(1) まず、AはBと口論になっているところで、突然Bに襲われているから、「急迫不正の侵害」があるといえる。
 (2) また、「防衛するため」とは、その文言や行為の社会的相当性判断の観点から、防衛の意思を要求する趣旨であると解する。

防衛行為は、侵害に対して反射的になされるものであるから、防衛の意思とは、急迫不正の侵害を認識し、それを避けようとする単純な心理状態を指すと解する。

本問では、Aは咄嗟に反撃したものであり、Bの攻撃を避けようとした単純な心理状態であったといえ、防衛の意思が認められる。

- 3(1) では、Aの反撃行為が「やむを得ずにした行為」といえるか。

正当防衛の場合、防衛者とその相手方とは「正対不正」の関係にあるから、必ずしも防衛行為が唯一の侵害を回

- 正当防衛
- 急迫不正の侵害
- 防衛の意思
- 防衛行為の相当性

避する方法であることは要求されないし、厳格な法益の権衡も要求されない。したがって、反撃行為自体が防衛手段としての相当性を満たしていれば「やむを得ずにした行為」といえるものと解する。

- (2) 本問において、AはBがナイフのようなものを振りかざして襲いかかってきたことに対して、ゴルフクラブで反撃している。ナイフは、一般的に殺傷能力の高い凶器と想定されるから、ゴルフクラブによる反撃も相当性を失うものとはいえない。
 (3) 以上により、Aの行為には正当防衛が成立し、違法性が阻却される。したがって、Aは、傷害罪の罪責を負わない。

第2 Xのゴルフクラブを破損した点について

- 1 AがX所有のゴルフクラブを破損した行為は、器物損壊罪（261条）の構成要件に該当する。もっとも、Aがゴルフクラブを破損したのはBによる暴行を防ごうとしたためである。そこで、Aに緊急避難（37条1項）が成立しないかが問題となる。

- 2(1) 「現在の危難」とは危難が現在しているか間近に押し迫っていることをいう。本件ではBが突然襲いかかっているから、かかる要件を満たす。

- (2) 「やむを得ずにした行為」とは、当該避難行為をする

- 緊急避難の成否

以外には他に方法がなく、かかる行動に出たことが条理上肯定できる場合をいう。本件でAは、X宅という閉鎖的な空間で、Bに突然ナイフのようなもので襲われているため、かかる要件を満たす。また、Aは生命・身体の安全に対する危害を避けるために、10万円相当のゴルフクラブを破損しているから、「これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合」にあたる。さらに、AはBの侵害行為から自らの生命・身体を守るために行為に及んでいるから、避難の意思も認められる。

(3) したがって、Aに緊急避難が成立する。

3 以上より、Aの行為については違法性が阻却され、Aは器物損壊罪の罪責を負わない。

以 上

れっく LEC 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) 2019 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU19390