

本書の利用方法

百選番号は、刑法判例百選Ⅰ・Ⅱ〔第7版〕に準拠しています。

*

まずは、本書の巻頭に付属する問題集を使って、自分で問題文を解析し、答案構成をしてみてください。時間があれば、実際に答案を作成してみてください。

次に、解いた問題の解説・答案構成・解答例を読みます。その際には、解説に記載されているような正しい思考方法で問題文を解析することができていたかどうかを必ず確認してください。問題文を読んで、解説に記載されている条文・判例を思い出すことができなかつた場合、正しい思考方法が身に着いていない可能性があります。解説を読んで、どのような思考方法で問題を処理すべきだったのかを確認し、自分の弱点を認識するようにしてください。

*

以上のようなマクロな視点で思考方法を確認すると同時に、解説に記載されている判例や学説の知識があやふやな場合には、自分が用いているテキストや論証集に戻って理解を確認するようにしましょう。問題を解く過程において、知識や理解を確認することで、効率的な学習が可能になります。

*

できなかつた問題には、付箋を貼るなどして、問題を忘れた頃にもう一度チャレンジするようにしましょう。記憶が新鮮なうちに解き直してみても、記憶に頼って解答してしまっている可能性があり、本当に正しい思考方法が身に着いているのか確認できません。

解き直してみた時に、以前と同じ誤りを犯してしまっている場合には、正しい思考方法が身に着いていない証拠です。再度正しい思考方法を確認し、徹底するように意識してください。

*

なお、解説と同じような思考方法をたどることができた時点で、その問題はクリアしたとみてよいでしょう。クリアした問題は、例えば判例の規範部分を正確に再現できなかつたとしても、再度解き直してみる必要はありません。それは、論証等、個々のパーツの精度を上げれば解消できる問題であって、思考方法そのものは正しく身に着いているからです。思考方法が正しく身に着いていれば、何度解き直しても同じような解答を導き出すことができます。

本書の見方

第3問

①甲は乙に対して、「ここにAの顔写真があります。これでAを確認し、殺してください。AはスーパーマーケットXの社員を以ていて、閉店後一人で残って作業をしていることが多いので、そこを狙うとよいと思います。報酬は支払います」と依頼し、Aの顔写真を手渡した。
 そこで、乙は、次の日の夜、閉店後の②Xに忍び込み、Aを殺そうとして待ち伏せていたが、③偶然Aの仕事を終わらせていたAと友子のBを発見し、Aだと勘違いした。そこで、④乙はBの背後から同人に近づき、その胸筋をサブライマルナイフで突き刺して殺害した。
 甲乙の罪責を論じなさい。
 ⑤乙がAだと思ってマネキン人形を突き刺し、それを破損してしまった場合かどうか。

冒頭の問題文には、○数字と下線を付しています。筆者がどのように問題文を解析しているかが分かり、自然と正しい思考方法が身に着くようになります。

問題となる出題論点の重要度を、重要度の高い順にA～B[※]で表しています。論点ランクは、姉妹書『合格論証集』と同一です。

出題論点

- ・ 具体的事実の錯誤 A
- ・ 共犯と錯誤 A
- ・ 不能犯 A
- ・ 抽象的事実の錯誤 A

問題処理のポイント

本問は、故意論（錯誤論）に関する論点の理解を問う問題です。少しでも刑法を勉強した方にとっては、問題となる論点が明らかな事案ですから、論点発見型のアプローチによって、処理することができます。難しい問題になってくると、事実関係が見えない、あるいは、論点をどのような順序で論じたことがよくあります。そのような問題では、為→結果→因果関係という客観面、次に構成要件の法性、責任といった形で犯罪論体系に沿った検討を

答案作成の過程

1 設問前段について

1 乙の罪責

- (1) まず、③乙がAを殺害するために、スーパーマーケットXに忍び込んだ点に、建造物侵入罪（130条前段）が成立することは問題ありません。簡単に認定してしましましょう。
- (2) 共犯論の問題（第3問～第11問）で詳しく扱うことにしますが、犯罪に関与した人間が複数いる場合、まず実行行為を行った者の罪責から検討することが多いですが、本問でいえば、実行行為を行ったのは乙なので、乙の罪責から検討することにしましょう。
- (3) 本問では、④乙が故意をもってBを殺害していますので、殺人罪（199条）の成否が問題となることは明らかです。そして、⑤乙はAを殺害するつもりでBを殺害しています。いわゆる**具体的事実の錯誤**のうち、客体の錯誤の事例です。判例は、法定符合説（抽象的法定符合説）に立ち、客体の錯誤はおろか、方法の錯誤（甲がAを狙ってピストルを撃ったが、弾がそれでそばに立っていたBに当たりBが死にしまったような場合）の事例についても故意を阻却しないと解しています（最判昭53.7.28【百選142】）。つまり、**具体的事実の錯誤の事例では、故意を阻却しないという立場です**。この点については、具体的符合説（具体的法定符合説）という有力な学説が対立しているのですが、具体的符合説からしても、客体の錯誤については故意を阻却しないと解されています。したがって、**設問前段について、故意を阻却するという立場はないということになります**。
- (4) ここで、1つ答案作成上のアドバイスをしておく、設問前段のように、具体的事実の錯誤が唯一の論点であるという場合は、この点をしっかりと論じておく必要がありますが、他にもたくさんの論点が開かれていて、本問のように、学説によって結論に違いが生じやすいような事案である場合は、論点を省略するか、コンパクトにし、論述のバランスを図るようにしましょう。

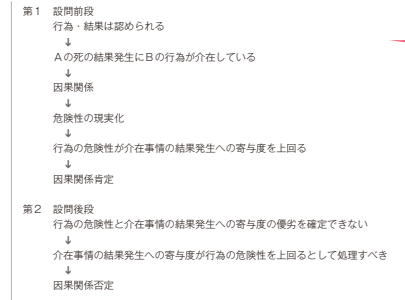
2 甲の罪責

甲は、①Aを殺害することを乙に唆していますが、③上記のように乙が実際に殺害したのはBだということになります。甲には、殺人罪の教唆犯（61条1項）の成否を検討する必要がありますが、これも故意の成否が問題となります。いわゆる**共犯と錯誤**の問題です。**教唆犯についても、通常の錯誤論と同様に、法定符合説（抽象的法定符合説）**

解説中、重要論点は色太字で表しています。また、重要判例や結論部分には下線を付しています。

※論点ランクのA～Bについて
 A：頻出の論点。規範と理由付け（2つ以上）をしっかりと押さえ、問題に応じて、長短自在に操れるようになるべき
 B：Aランクに比べれば、出題頻度が下がる論点。規範と理由付け1つを押さえおけば十分
 本書掲載の論点は、重要なものを厳選していますが、皆さんの可処分時間に応じて、ランクに基づいた柔軟な学習をしてください。

答案構成



答案構成は、答案の流れを一読して理解することができるよう、できる限りシンプルなものにしました。

解答例では、論証部分がひと目でわかるよう、網掛けを付しました。

解答例の右側には、解答作成に当たっての留意点や、表現方法の工夫等を記載しています。

解答例

第1 設問前段について
 1 甲が故意をもってゴルフクラブでAの頭部を殴打した行為について、殺人罪（199条）が認められるか。
 2 上記行為は、死の結果を招来する現実的具体的危険性を有する行為であり、また、現実にAの死の結果が発生している。そのため、実行行為及び結果は認められる。もともと、甲の行為の後に、Bが故意にAを殴打殺傷しており、甲の行為とBの行為が介在して結果が発生している。そこで、甲の行為とAの死の結果との間に因果関係が認められるかが問題となる。

(1) 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危険性が認められるかという法的評価の問題である。そこで、因果関係の存在は、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。具体的には、行為者の行為の危険性と、介在事情の結果発生への寄与度を中心に論争点を総合的に判断して決すべきである。
 (2) まず、ゴルフクラブは凶器として使用した場合、殺傷能力が高く、それを用いて人体の重要部である頭部を殴打する行為は危険性が高いといえ、Aの死因は甲による暴行によって形成されている。
 一方、介在事情たるBの暴行は、Aの顔面出血を進行させ

死傷を軽微かつ局所的にとどまり、Aの死の結果発生に対する寄与度は低い。そうすると、行為の危険性が高く、介在事情の結果発生への寄与度を上回ることから、甲の行為が内包する危険が結果として現実化したといえ、因果関係が認められる。
 3 一方で、甲はAを殺してやろうと考えているから、故意（38条1項）も認められる。
 以上より、甲は殺人罪の罪責を負う。

第2 設問後段について
 1 設問後段でも、設問前段と同様、因果関係の有無が問題となるが、設問前段と異なり、死因が特定されていない。2 上記のように、一般的にはゴルフクラブで人の頭部を殴打する行為は危険性が高いものといえるが、設問後段では、Aの死の結果が、甲の暴行によるものなのか、Bの暴行によるものか、判断できない。そうすると、利益原因の観点から、介在事情の結果発生への寄与度が上回ることを前提として検討せざるを得ない。そして、設問後段では、Aの死という具体的な結果発生の中に、甲の暴行の影響が、軽微な面はもとより、規範的評価の観点からしても、軽微なものとなっていると評価すべきである。そのため、甲の行為が内包する危険が結果として現実化したとはいえない。

→なぜ、因果関係が問題となるのかを明らかにします

→理由

→行為の危険性

→介在事情の結果発生への寄与度

→利益原因の観点から、行為の危険性<介在事情の結果発生への寄与度として考えなければならぬことを示します

目次

| | |
|---------|----|
| はしがき | i |
| 本書の利用方法 | iv |
| 本書の見方 | vi |

I 刑法総論

| | |
|-----------|----|
| 第1問 | 2 |
| 出題論点 | 2 |
| 問題処理のポイント | 2 |
| 答案作成の過程 | 3 |
| 答案構成 | 7 |
| 解答例 | 8 |
| 合格者の問題メモ | 10 |
| 合格者の答案構成 | 10 |
| 合格者の答案例 | 11 |
| 第2問 | 13 |
| 出題論点 | 13 |
| 問題処理のポイント | 13 |
| 答案作成の過程 | 13 |
| 答案構成 | 16 |
| 解答例 | 17 |
| 合格者の問題メモ | 19 |
| 合格者の答案構成 | 19 |
| 合格者の答案例 | 20 |
| 第3問 | 22 |
| 出題論点 | 22 |
| 問題処理のポイント | 22 |
| 答案作成の過程 | 23 |
| 答案構成 | 26 |
| 解答例 | 27 |
| 合格者の問題メモ | 29 |
| 合格者の答案構成 | 29 |
| 合格者の答案例 | 30 |
| 第4問 | 32 |
| 出題論点 | 32 |
| 問題処理のポイント | 32 |
| 答案作成の過程 | 33 |
| 答案構成 | 36 |
| 解答例 | 37 |
| 合格者の問題メモ | 39 |
| 合格者の答案構成 | 39 |
| 合格者の答案例 | 40 |
| 第5問 | 42 |
| 出題論点 | 42 |
| 問題処理のポイント | 42 |
| 答案作成の過程 | 43 |
| 答案構成 | 45 |
| 解答例 | 46 |
| 合格者の問題メモ | 48 |
| 合格者の答案構成 | 48 |
| 合格者の答案例 | 49 |
| 第6問 | 51 |
| 出題論点 | 51 |
| 問題処理のポイント | 51 |
| 答案作成の過程 | 52 |
| 答案構成 | 54 |
| 解答例 | 55 |
| 合格者の問題メモ | 57 |
| 合格者の答案構成 | 57 |
| 合格者の答案例 | 58 |
| 第7問 | 60 |
| 出題論点 | 60 |
| 問題処理のポイント | 60 |
| 答案作成の過程 | 60 |
| 答案構成 | 62 |
| 解答例 | 63 |
| 合格者の問題メモ | 65 |
| 合格者の答案構成 | 65 |
| 合格者の答案例 | 66 |

| | |
|-----------|-----|
| 第8問 | 68 |
| 出題論点 | 68 |
| 問題処理のポイント | 68 |
| 答案作成の過程 | 69 |
| 答案構成 | 71 |
| 解答例 | 72 |
| 合格者の問題メモ | 74 |
| 合格者の答案構成 | 74 |
| 合格者の答案例 | 75 |
| 第9問 | 77 |
| 出題論点 | 77 |
| 問題処理のポイント | 77 |
| 答案作成の過程 | 78 |
| 答案構成 | 80 |
| 解答例 | 81 |
| 合格者の問題メモ | 83 |
| 合格者の答案構成 | 83 |
| 合格者の答案例 | 84 |
| 第10問 | 86 |
| 出題論点 | 86 |
| 問題処理のポイント | 86 |
| 答案作成の過程 | 87 |
| 答案構成 | 89 |
| 解答例 | 90 |
| 合格者の問題メモ | 92 |
| 合格者の答案構成 | 92 |
| 合格者の答案例 | 93 |
| 第11問 | 95 |
| 出題論点 | 95 |
| 問題処理のポイント | 95 |
| 答案作成の過程 | 95 |
| 答案構成 | 97 |
| 解答例 | 98 |
| 合格者の問題メモ | 100 |
| 合格者の答案構成 | 100 |
| 合格者の答案例 | 101 |

II 刑法各論

| | |
|-----------|-----|
| 第12問 | 104 |
| 出題論点 | 104 |
| 問題処理のポイント | 104 |
| 答案作成の過程 | 105 |
| 答案構成 | 108 |
| 解答例 | 109 |
| 合格者の問題メモ | 111 |
| 合格者の答案構成 | 111 |
| 合格者の答案例 | 112 |
| 第13問 | 114 |
| 出題論点 | 114 |
| 問題処理のポイント | 114 |
| 答案作成の過程 | 114 |
| 答案構成 | 117 |
| 解答例 | 118 |
| 合格者の問題メモ | 120 |
| 合格者の答案構成 | 120 |
| 合格者の答案例 | 121 |
| 第14問 | 123 |
| 出題論点 | 123 |
| 問題処理のポイント | 123 |
| 答案作成の過程 | 123 |
| 答案構成 | 126 |
| 解答例 | 127 |
| 合格者の問題メモ | 129 |
| 合格者の答案構成 | 129 |
| 合格者の答案例 | 130 |
| 第15問 | 132 |
| 出題論点 | 132 |
| 問題処理のポイント | 132 |
| 答案作成の過程 | 132 |
| 答案構成 | 135 |
| 解答例 | 136 |
| 合格者の問題メモ | 138 |
| 合格者の答案構成 | 138 |
| 合格者の答案例 | 139 |

| | | | | |
|-----------|-----|----------|--|-----|
| 第16問 | 141 | | | 141 |
| 出題論点 | 141 | 解答例 | | 145 |
| 問題処理のポイント | 141 | 合格者の問題メモ | | 147 |
| 答案作成の過程 | 142 | 合格者の答案構成 | | 147 |
| 答案構成 | 144 | 合格者の答案例 | | 148 |
| 第17問 | 150 | | | 150 |
| 出題論点 | 150 | 解答例 | | 154 |
| 問題処理のポイント | 150 | 合格者の問題メモ | | 156 |
| 答案作成の過程 | 150 | 合格者の答案構成 | | 156 |
| 答案構成 | 153 | 合格者の答案例 | | 157 |
| 第18問 | 159 | | | 159 |
| 出題論点 | 159 | 解答例 | | 163 |
| 問題処理のポイント | 159 | 合格者の問題メモ | | 165 |
| 答案作成の過程 | 159 | 合格者の答案構成 | | 165 |
| 答案構成 | 162 | 合格者の答案例 | | 166 |
| 第19問 | 168 | | | 168 |
| 出題論点 | 168 | 解答例 | | 172 |
| 問題処理のポイント | 169 | 合格者の問題メモ | | 174 |
| 答案作成の過程 | 169 | 合格者の答案構成 | | 174 |
| 答案構成 | 171 | 合格者の答案例 | | 175 |
| 第20問 | 177 | | | 177 |
| 出題論点 | 177 | 解答例 | | 182 |
| 問題処理のポイント | 177 | 合格者の問題メモ | | 184 |
| 答案作成の過程 | 178 | 合格者の答案構成 | | 184 |
| 答案構成 | 181 | 合格者の答案例 | | 185 |
| 第21問 | 187 | | | 187 |
| 出題論点 | 187 | 解答例 | | 190 |
| 問題処理のポイント | 187 | 合格者の問題メモ | | 192 |
| 答案作成の過程 | 187 | 合格者の答案構成 | | 192 |
| 答案構成 | 189 | 合格者の答案例 | | 193 |
| 第22問 | 195 | | | 195 |
| 出題論点 | 195 | 解答例 | | 198 |
| 問題処理のポイント | 195 | 合格者の問題メモ | | 200 |
| 答案作成の過程 | 195 | 合格者の答案構成 | | 200 |
| 答案構成 | 197 | 合格者の答案例 | | 201 |
| 第23問 | 203 | | | 203 |
| 出題論点 | 203 | 解答例 | | 207 |
| 問題処理のポイント | 203 | 合格者の問題メモ | | 209 |
| 答案作成の過程 | 203 | 合格者の答案構成 | | 209 |
| 答案構成 | 206 | 合格者の答案例 | | 210 |
| 第24問 | 212 | | | 212 |
| 出題論点 | 212 | 解答例 | | 216 |
| 問題処理のポイント | 212 | 合格者の問題メモ | | 218 |
| 答案作成の過程 | 213 | 合格者の答案構成 | | 218 |
| 答案構成 | 215 | 合格者の答案例 | | 219 |

| | | | | |
|-----------|-----|----------|--|-----|
| 第25問 | 221 | | | 221 |
| 出題論点 | 221 | 解答例 | | 226 |
| 問題処理のポイント | 221 | 合格者の問題メモ | | 228 |
| 答案作成の過程 | 222 | 合格者の答案構成 | | 228 |
| 答案構成 | 225 | 合格者の答案例 | | 229 |
| 判例索引 | | | | 231 |

第1問

甲は、①深夜2時ごろ自動車を運転中、不注意で歩行者Aをはね、重傷を負わせた。②甲は、自動車を降りて、Aの様子を確認し、病院へ運ぶことを決意し、Aを自動車で乗せて発進した。

Aは、約10分後に意識が戻り、運転している甲に対して「ふざけるな。俺は組のもんやぞ。ただじゃおかんぞ。」と申し向けた。③これを聞いた甲は「このままAをどこかに放置して死んでもらおう。」と考えた。

④甲がAをはねてから約30分後、甲は、Aを人目につかない林の中に降ろし、立ち去った。

⑤その2時間後、Aは死亡した。

⑥なお、仮に甲がAを病院へ運び、適切な処置が施されていればAは確実に助かったものとする。

甲の罪責を論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

■ 出題論点

・不真正不作為犯……………A

■ 問題処理のポイント

刑法の問題では、必ずといっていいほど、行為者の罪責が問われます。

行為者の罪責を検討する際は、事例中の行為者の行為を細かく分解し（どこまで細かく分解するのは1つの問題ですが）、その行為がどの構成要件に該当するかを検討していくことになります。構成要件該当性を検討する中で何か問題が生じれば、解釈論を展開します。

構成要件該当性を確認したら、違法性阻却事由の有無、責任阻却事由の有無を検討することになります。ここでも、何か問題が生じれば解釈論を展開する必要があります。

なお、違法性阻却事由や責任阻却事由は、常に検討しなければならないわけではありません。それに該当するような事情が問題文に挙げられている場合に検討すれば十分です（刑事訴訟法の世界でも、違法性阻却事由や責任阻却事由については、検察官に（その不存在の）立証責任があるとされているものの、被告人側に証拠提出責任や主張責任など、一定の行為を求めるのが一般的です。）。

共犯の問題の処理の仕方については、**第3問**以降で解説します。

■ 答案作成の過程

1 業務上過失致死傷罪の成否

1 業務上過失致死傷罪（211条前段）の成立

まず、最初に甲の行為が出てくるのは、①の部分です。

甲は「深夜2時ごろ自動車を運転中、不注意で歩行者Aをはね、重傷を負わせています。

この行為が、少なくとも業務上過失致死傷罪の構成要件に該当することは明らかです（なお、平成25年の法改正によって、上記甲の行為には自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律5条本文が適用されることになるため、刑法211条は適用されないのですが、本問では、問題文において特別法違反の点を除いているため、刑法211条を検討することになります。また、平成27年3月4日付の司法試験委員会が公表した「司法試験の刑法の出題について」と題された文書では、「自動車の運転に伴い人を死傷させた事案については、その前後の経過も含め、作為義務、因果関係、過失等の刑法総則上の重要な概念に関わる問題を生じることがしばしばあるところ、このような基本概念の理解が法科大学院における刑法の学修に際して重要であることには変わりはないため、今後においても、自動車の運転に伴い人を死傷させた事案が、自動車運転死傷処罰法第5条の罪の成否等も含め、出題の対象となり得ることを改めて確認するものとする。」としているため、本試験においては、問題文の指示に注意してください。）。構成要件該当性が明らかな場合には、必要な要素だけ抽出し、コンパクトに答案に記述するように心掛けてください（解答例参照）。

2 業務上過失致死罪の成否

そして、その後、⑤Aが死亡していることから、業務上過失致死罪まで成立する可能性があります。

もっとも、後述のように、甲には不作為の殺人罪（199条）が成立します。ここで、業務上過失致死「死」罪まで成立させてしまうと、死の結果を二重に評価してしまうことになります。人の死の結果は論理的に1回しかあり得ない以上、人の生命という法益が2回害されることはありませんので、このような評価の仕方には問題があると考えられています。

ここは難しいところなのですが、死の結果は重い殺人罪で評価し、①の甲の行為については、業務上過失致死傷罪が成立するにとどまると考えるのが妥当でしょう（最決昭53.3.22【百選I14】参照）。

2 不作為の殺人罪の成否

1 不真正不作為犯の成否、成立要件

次に、②の部分ですが、甲はAを病院へ運ぼうとしているので、この行為自体が犯罪構成要件に該当することはなさそうです（むしろ、仮に、実際に甲がAを病院へ運び、Aの生命が助かった場合には、中止犯（43条ただし書）が成立する可能性が出てきます。）。

③の部分は、甲が「『このままAをどこかに放置して死んでもらおう。』と考えていることから、甲に殺意があることが分かります。殺意の有無が曖昧な場合には、問題文の事実を引用してしっかりと殺意の有無を認定する必要がありますが、本問のように殺意があることが明らかな場合には、簡単に認定してしまってOKです。これは、いかにも犯罪になりそうなのですが、刑法は行為者の行為を処罰するものですので、このような意図を有していたからといって、原則として犯罪行為に該当することはありません。まず、刑法の問題を解く際には、行為者の行為から入るのが鉄則です。主観面は後回しなのです。

さて、そこで④の行為を検討しましょう。甲は「Aを人目につかない林の中に降ろし、立ち去っ」ています。

これは、Aを直接的に「殺した」というわけではありませんので、直ちに殺人罪の構成要件に該当するとはいえません。しかし、甲は①Aを車ではね、Aに重傷を負わせており、②④甲以外にAの救命をすることができないような状況自ら作り出しています。しかも、③甲には殺意があります。

そこで、検討すべきなのが不真正不作為犯の成否です。

現在、不真正不作為犯が成立し得ること自体は判例・学説上一致をみえています。問題はその成立要件で、この点については学説上様々な見解が主張されていますが、少なくとも作為義務の存在と因果関係は要求されているといっただいでしょう。

以下では、作為義務の存否と因果関係の有無を中心に、不作為の殺人罪の成否を検討することにしてしまおう。

2 作為義務の存否

(1) 作為義務の発生根拠

どのような根拠に基づいて作為義務を発生させるかという点についても、学説上、複雑な対立があります。学説の流れをごく大ざっぱに言えば、法令、契約又は事務管理、条理・慣習に求めるという形式的な立場から、先行行為の存在、事実上の引受け行為、自らの意思等による排他的支配の設定（危険原因の支配）等の要素を考慮に入れて、総合的に判断するという実質的な立場に変わりつつあり、判例（最決平17.7.4【百選I 6】）も後者の立場に立つと考えられています（特に、同決定は、学説がいう先行行為と排他的支配の設定に着目して、作為義務を肯定しています。）。

(2) 本問へのあてはめ

これを本問についてあてはめてみると、①の行為が先行行為に当たることは明らかです。続いて、②④の行為によって、甲以外にAの救命をすることができないような状況を自ら作り出しているという意味において、（意図的な）排他的支配の設定が認められるといっただいでしょう（なお、排他的支配の設定の意味や、意図的なそれが求められるのかという点についても学説の対立があります。）。②の事実をもって、事実上の引受け行為がなされたという評価も可能です。

したがって、甲には、作為義務が認められます。

3 作為の可能性・容易性

学説上は、不真正不作為犯の成立要件として、作為の可能性・容易性も要求するのが一般的です。

本問では、甲がAを病院に連れて行き、適切な治療を受けさせるという必要な作為を行うことは、可能かつ容易であったといえます。

4 因果関係の存否

(1) 条件関係（結果回避可能性）

不作為犯における因果関係と作為犯における因果関係の関係については、学説上議論がありますが、ここではひとまず作為犯における因果関係の判断と同じように検討してみることにします。

第2問で検討するように、作為犯の因果関係については、事実的因果関係（条件関係）と法的因果関係に分けて検討するのが一般的です。なお、条件関係と結果回避可能性の関係についても、学説上議論がありますが、以下では同義として用いています。

まずは、事実的因果関係（条件関係・結果回避可能性）ですが、判例（最決平元.12.15【百選I 4】）は、「救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められる」ことを理由として、「刑法上の因果関係がある」としています。ここにいう、「刑法上の因果関係」とは、条件関係（結果回避可能性）をいうので、判例は不作為犯について、救命可能性（結果回避可能性）が合理的な疑いを超える程度に確実であったことを要求している（判例は「十中八九」という表現を用いていますが、これはこのことを比喩的に表現したものと考えられています。）といえます。

本問では、⑥「仮に甲がAを病院へ運び、適切な処置が施されていればAは確実に助かったものとする」とされていますので、救命可能性が合理的な疑いを超える程度に確実であったといっただいでしょう。

したがって、条件関係（結果回避可能性）は肯定できます。

(2) 法的因果関係

次に、法的因果関係ですが、本問では、これを否定するような特異な介在事

情等は見当たりませんので、特に検討する必要はありません。

論文式試験で出題される不作為犯関係の問題の多くは、条件関係（結果回避可能性）の検討を求めるとどまりますので、法的因果関係の存否を検討しなければならないことは少ないといってよいでしょう（平成26年司法試験論文式試験刑事系科目第1問（刑法）は、法的因果関係の存否も問題となった珍しい出題例です。）。

5 結論

以上から、甲には、不作為の殺人罪が成立することになります。

3 罪数

殺人罪と、業務上過失致傷罪とは、併合罪（45条）となると考えられます（前掲最決昭53.3.22【百選I14】参照）。罪数処理については、**第12問**以降（刑法各論の問題）で詳しく検討します。

■ 答案構成

第1 業務上過失致傷罪の成否

第2 殺人罪の成否

1 実行行為

不真正不作為犯の成否

↓

不作為にも実行行為性が認められる

↓

自由保障機能の観点

↓

構成要件的同価値性が必要

↓

①作為義務、②作為の可能性・容易性

↓

あてはめ

↓

2 因果関係

不作為にも因果関係（条件関係）が認められる

↓

結果回避可能性が認められれば、条件関係が認められる

↓

合理的な疑いを超える程度に（十中八九）確実に結果が回避できたと評価できる必要あり

↓

あてはめ

↓

3 故意

↓

4 結論

第3 罪数

■ 解答例

第1 業務上過失致傷罪の成否
 甲は、自動車を運転中、不注意で歩行者Aをはね、重傷を負わせているから、「業務上必要な注意を怠り」、人を「傷害したといえるため、業務上過失致傷罪（211条前段）が成立する。

第2 不作為による殺人罪の成否
 続いて、甲は、「このままAをどこかに放置して死んでもらおう」と考え、Aを人目のつかない林の中に放置している。そこで、かかる甲の不作為について殺人罪（199条）が成立するかを検討する。具体的には、このような不作為をもって、「人を殺した」と評価できるのか、問題となる。

1 実行行為性について
 (1) まず、作為で規定された犯罪について、不作為による実行行為性が認められるか。
 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。そうだとすれば、このような結果発生の危険を不作為によって実現することは可能である。
 したがって、不作為による行為にも実行行為性を認めることはできる。
 しかし、不真正不作為犯の成立要件は、法律上明示されていない。にもかかわらず、これを限定しなければ明確性の原則に反する結果となり、処罰範囲が拡大し、刑法の自

←少なくとも業務上過失致傷罪が成立することは明らかなので、短く済ませましょう

←問題となる行為をピックアップします

←もう少し丁寧に検討する場合には、作為犯が成立しない旨を指摘するとよいでしょう

←論証
 罪刑法定主義との関係（ただ、現在では、不真正不作為犯が成立し得ること自体は、判例・学説上争いがないので、他にも論点が多数ある場合には、短く済ませてしまってもOKです）

由保障機能を害する。
 そこで、不真正不作為犯の成立を限定する必要がある。具体的には、不作為に、作為によって当該構成要件の結果を発生させることとの同価値性が認められることが必要であると解する。
 まず、①行為者に作為義務が認められることが必要である。かかる作為義務の有無は、法令・契約・事務管理・先行行為（危険創出行為）、危険の引受け・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べきである。②また、法は不可能を強いるものではないから、作為の可能性・容易性も必要であると解すべきである。

(2) 以上をもって本問について検討する。
 ア 本問では、甲は不注意でAをはね、重傷を負わせており、先行行為が認められる。
 また、甲は自らが運転する車にAを乗せ、深夜2時という一般的に人通りが少ない時間に、人目につかない林の中に降ろしており、甲以外にAの生命を救済することができない状況を作出していることから、排他的支配が設定されているといえる。
 したがって、甲にはAを病院に連れて行き、処置を受けさせるという作為義務が認められる。
 イ 次に、甲は自動車を運転しており、移動が容易であっ

←構成要件の同価値性を要求する見解

←要件

←作為義務の判断要素（ここも、問題によっては省略すべき場合があります）

←あてはめ

←先行行為

←排他的支配の設定

←作為の可能性・容易性

たとえられるから、かかる作為をすることは可能であり、かつ、容易であったといえる。
 ウ よって、Aを林の中に放置したという甲の不作為には、作為との構成要件の同価値性が認められ、実行行為性を肯定できる。

2 因果関係について
 (1) 不作為犯に因果関係を肯定することができるか。
 確かに、何もしないことから法益の侵害が起こるのか、無から有は生じないのではないかという疑問がある。もっとも、不作為とは「一定の期待された作為をしないこと」であって、無ではないから、ある「期待された行為」が存在したならば、結果が発生しなかったであろうという関係が認められれば因果関係があると考えてよい。
 (2) それでは、かかる関係をどのように判断すべきか。
 ア まず、「あれなければこれなし」という条件関係の公式を適用することができない（仮定的判断が入らざるを得ない）以上、条件関係を肯定することはできないのではないとも思える。
 しかし、条件関係とは行為と結果との事実的なつながりの有無自体であるから、作為であれ、不作為であれ、およそ結果回避可能性がなければ、条件関係を肯定することはできない。逆に、結果回避可能性が認められる限

←現在では、不作為犯でも因果関係を肯定し得ること自体には判例・学説上争いがないので、ここも問題によっては短く済ませてください

←論証

り、条件関係を肯定することができる。
 イ では、どの程度の結果回避可能性があれば、条件関係を肯定することができるか。
 不作為犯も正犯である以上、作為犯と同等の因果関係（結果回避可能性）を要求すべきである。
 したがって、合理的な疑いをを超える程度に（十中八九）確実に結果が回避できたと評価し得なければ、結果回避可能性は認められない。
 本件では、仮に甲がAを病院へ運び、適切な処置が施されていればAは確実に助かったものであり、合理的な疑いをを超える程度に確実に結果が回避できたと評価できるから因果関係（結果回避可能性）は認められる。

3 故意（38条1項）について
 そして、殺意は死の結果に対する認識・認容を指すと解されるところ、甲は、Aに「死んでもらおう」と考えている以上、故意（殺意）は認められる。

4 結論
 以上より、甲は殺人罪の罪責を負う。

第3 罪数
 甲には、業務上過失致傷罪、殺人罪が成立し、前者は過失犯、後者は故意犯であって、両者は責任条件を異にする関係にあるから、併合罪となる（45条）。以上

←最決平元.12.15【百選I 4】

←殺意が認められることは明らかなので、ここも短く3、4は見出しを付けるまでもないので、形式を統一するために付けておきました

←罪数処理

←最決昭53.3.22【百選I 14】

合格者の問題メモ

甲は、深夜2時ごろ自動車を運転中、不注意で歩行者Aをはね、重傷を負わせた。甲は、自動車を降りて、Aの様子を確認し、病院へ運ぶことを決意し、Aを自動車で乗せて発進した。

Aは、約10分後に意識が戻り、運転している甲に対して「ふざけるな。俺は組のものやぞ。ただじゃおかんぞ。」と申し向けた。これを聞いた甲は「このままAをどこかに放置して死んでもらおう」と考えた。殺意。

Aをはねてから約30分後、甲は、Aを人目につかない林の中に降り立ち去った。

その2時間後、Aは死亡した。

なお、仮に甲がAを病院へ運び、適切な処置が施されていればAは確実に助かったものとする。

○甲の罪責を論じなさい（特別法違反の点を除く。）

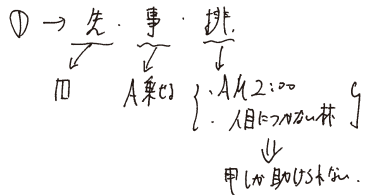
合格者の答案構成

第1. III 211 B

第2. II 199

1. 不作為・実行行為

- ① 作為
- ② 作為不可。ok.



2. 因果(不作為)

= 十中八九 ok.

3. 殺意 = 認識・認容

ok.

第3. 自傷 199

45.

合格者の答案例

第1. 甲は、運転中、不注意でAをはね、重傷を負わせた。から、自動車運転過失致傷罪(211条2項)が成立する。

第2. 次に、甲は「このままAをどこかに放置して死んでもらおう」と考え、Aを人目につかない林の中に放置した。そこで、甲の不作為につき、殺人罪(199条)が成立する。

1. 実行行為

(1) 予備・殺人罪は「人を殺した」とい、作為の形で構成要件の充足を要する。この罪は犯罪につき不作為で構成される。不作為の実行為は存在を要する。

罪に、実行行為は法益侵害の具体的危険性をもつ行為である。この罪は、危険性不作為の實現の可能性を要する。

従って、不作為の実行為は存在を要する。

但し、この場合、不作為の実行為は存在を要するが、犯罪の成立に不作為の存在は要しない。

そこで、不作為不作為の成立に限定し、作為の構成要件の同価値性を認める限りに於ては、これを充足し得るものと解する。

具体的には、① 作為義務が認められ、② 行為が可能であることが容易である必要がある。

(2) ① 作為義務の発生根拠には、先行行為、事実上の引渡、排他的支配の設置等がある。

1. 条件は、甲は不注意でAをはね、重傷を負わせた。先行行為が成立する。

また、甲は自ら運転する車にAを乗せた。事実上の引渡受ける。

更に、甲は深夜2時という一般の人々の少ない時間に人目につかない林の中にAを放置した。この際、甲以外にAを救出しようとする者がいない状況を作り出した。排他的支配の設置に依りて言える。

② 従って、① 行為義務は認められる。

(3) 次に、甲は自動車運転中、Aを病院に運ぶという行為は、この場合は可能である。容易である(② 充足)。

(4) 以上より、本件不作為は作為の構成要件の同価値性を充足し、実行行為として認められる。

2. 因果関係

(1) 本件不作為は因果関係を認められる。不作為は、期待される行為と異なることによる。この点行為がある。結果が発生した。この因果関係は、本件因果関係の成立に依りて言える。

(2) 本件因果関係は、刑法上の判断に依りて認められる。本件因果関係は「本件は排他的支配」とい、因果関係は、不作為による。この点充足である。認められる。本件因果関係は行為の結果の事実上の連鎖に依りて結果

第2問

①甲は、Aを殺してやろうと考え、Aを公園に呼び出し、ゴルフクラブで頭部を数回殴り、立ち去った。

その後、公園に来た②Bは、Aが倒れているのを見つけた。Bは日頃からAから暴行を受けていたために恨みを抱いており、Aを数回殴り立ち去った。

Aは、翌日脳出血により死亡した。③Aの死因となった脳出血は、甲の暴行によって生じたものであること、Bの暴行によりその脳出血が拡大し、死期が幾分早まったことが分かっている。

甲の罪責を論じなさい。また、④Aの死因となった脳出血が、甲の暴行から生じたものかBの暴行から生じたものか、分からなかった場合はどうか。

■ 出題論点

- ・ 因果関係..... A

■ 問題処理のポイント

本問は、前段後段ともに、因果関係に関する有名判例を素材としています。近時因果関係論は、危険の現実化論を中心に、学説において理論が大変精緻化されてきており、判例の分析も進んでいます。答案においても、それらを意識した論述を行いたいところです。

また、本問のように、刑法では、有名判例の事案をそのまま、あるいは少し変更した形で（当然難しい問題になればなるほど、ひねりが入ってきます。）、出題されることが非常に多いので、インプットとアウトプットを連動させた学習を心掛けるとよいでしょう。

■ 答案作成の過程

1 設問前段について

1 因果関係の存否

①の甲の行為が殺人罪（199条）の実行行為に該当することは明らかです。また、Aの死の結果も発生していますので、甲には殺人既遂罪が成立するかどうかの問題となります。

もっとも、Aの死の結果発生には、②Bの暴行という事情が介在しています。そこで、甲の行為とAの死の結果発生との間に因果関係が認められるのか、検討

因果可能性の存在は、認めらる
 とは、行為が死に至る以上、結果因果可能性も存
 在し、同程度の行為を要求するに過ぎない
 とし、期待外れ行為があるから、中々、結果因果
 因果関係の存在を認め、結果因果可能性（因果関係）
 が認められよう
 ② 本件では、仮に甲がAを病院へ運び、適切な処置が施さ
 れたとしても、Aは確実に死んでおらず、因果関係が認め
 られる
 ③ 故意（殺意）
 殺意とは、死の結果に対する認識・認容を指す。甲は「死に
 おぼせ」を認めているから、殺意はありと認めらる
 故意とは、結果に対する認識・認容を指す。甲は「死
 んでおぼせ」を認めているから、死の結果に対する認識・認容が
 ありと認めらる
 ④ ①、②、甲は殺人罪の罪責を負う。
 ②、③、罪責
 以上、甲は自動車運転過失致傷罪及び殺人罪の罪
 責を負い、併合罪（45条）となり、以上。

Blank lined area for answer writing.