

2020予備試験スタンダード論文答練【松永クラス】第2クールガイダンス

予備出身講師がノウハウを公開！

私の論文突破術

辰巳専任講師・弁護士
松永 健一 先生

辰巳法律研究所

2018. 11. 25 LIVE実施

2019予備スタンダード論文答練（第1クール）

第11回（刑法1）第2問より

※問題文・解答例・解説等は，原則として出題当時のまま掲載しております。

【問 題】

以下の事例に基づき、甲、乙の罪責について、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（28歳、男性）は、妻乙（27歳、女性）及び乙の長男A（6歳）と共に、甲が所有する一戸建ての家屋（以下「甲宅」という。）に居住していた。甲は、酒癖が悪く、酔うと是非善悪の判断力を失い、誰彼なく暴行を加えたり、相手に怪我を負わせて病院送りにすることを繰り返しており、そのことを自覚していた。また、甲は、妻乙の連れ子で何かと反抗的なAに対して、日頃から、殴る、蹴るなどの暴行を加えていた。乙がこれを口頭で注意した場合、甲は、2回に1回は暴行を思いとどまり、又は中止していた。しかし、乙が甲を後ろから羽交い絞めにするなど、実力で甲の暴行を制止しようとした場合には、甲は、暴行をやめるところか、乙に対しても激しい暴行を加えた。ただし、甲の暴行はいつも素手で、30分程度で収まり、その後はむしろ機嫌が良くなることが多かった。
- 2 平成30年3月7日、仕事から帰った甲は、リビングでソファに座り酒を飲んでいて、Aがリビングにおもちゃを散らかして片づけないまま、子供部屋で遊んでいるのに気づき、腹を立て、「また散らかしている。」と文句を言い、Aの名前を大声で呼びながら、酒瓶を持って子供部屋へ向かおうとした。このとき、甲はリビングにいた乙に「何か文句あるか。」と聞いた。乙は、甲がAを素手で殴るなどの暴行をしようとしていることが分かっており、Aがかawaiiそうだと思うが、止めようとする自分が暴力を振るわれるかもしれない、甲は30分くらい暴れれば気が済むだろうと考え、Aが軽い怪我をするかもしれないが、重大なことにはならないだろうと見込んで、「特に何も。」と答えてキッチンへ引っ込んだ。甲は、「母親の乙が暴行を容認しているのだから、Aに何をしてもいいだろう。どうなっても構わない。」と思った。
- 3 甲は、同日午後5時半頃、子供部屋で遊んでいたAに対し、「おもちゃは片付けろと言っただろう。片づけろ。」などと怒鳴りつけ、いきなり、Aの顔面を平手で数回殴打した。しかしAは片付けようとしなかったので、甲は、持っていた酒瓶で酒を飲んで、「親に対してその態度は何だ。何様のつもりだ。」などと怒鳴りながら、断続的に、約1時間程度、同様にAの顔面や頭部を平手や拳で十数回にわたり力任せに殴打し続けた。しかしAは反抗的な目で甲をにらみ付け続けていた。甲は、自らの暴行と飲酒を続けた影響で次第にさらに興奮し、「もう許さない。」と逆上し、リビングに金属製のバットを取りに行った。
乙は、このときキッチンにいたので、甲が金属バットを持ち出したことには気がつかなかった。
同日午後6時40分頃、上記バットを持って子供部屋に戻った甲は、「Aが死んでも構わない。」と思いながら、Aを突き飛ばし、上記バットで倒れたAの頭部を1回全力で殴打した。すると、Aは、突然鋭く短い悲鳴を上げ、そのまま意識を失った。
- 4 乙は、Aの悲鳴を聞いてあわてて様子を見に、子供部屋に入った。しかし、その時には既に、Aは、ぐったりとしており、身動きをしない状態だった。乙は、甲を甲宅

に残し、Aを自家用車に乗せて病院に連れて行った。Aは、急性硬膜血腫及び脳実質損傷の傷害を負っており、病院において、午後10時、脳浮腫により死亡した。Aの上記傷害は、この日の甲の一連の暴行によるものであり、平手による1時間にわたる殴打によっても、金属バットによる殴打によっても、生じ得るものであった。なお、精神鑑定の結果、甲は、金属バットを持ち出した時点以降は複雑酩酊により心神耗弱の状態であった。

【出題の狙い】

本問は、実行行為の途中で心神耗弱状態になった場合の規律、共同正犯と幫助犯の区別、不作為による幫助、共犯と錯誤について問うものである。

不作為犯については、苦手意識を持っている受験生も少なくないと思われるが、これを機会にしっかりと自分の法的思考を定着させてほしい。

具体的事実を正確に分析、評価する能力を問うものであるから、必要な具体的事実を過不足なく抜き出し、適切に評価することを心掛けてほしい。

本問は、論じるべき内容が多いことから、時間配分を誤らないように気を付けてほしい。

【MEMO】

【配点表】

			配 点
第1	甲の罪責		
	1	殺人罪（199条）の成否が問題となること ★暴行開始から全体を殺人行為と考えると、バットで殴打した行為のみを殺人の実行行為と捉えても、どちらでもよい。	1
	2	刑法39条2項の適用	
	(1)	問題提起 ・甲がバットを持ち出した時点では心神耗弱状態であること、行為と責任の同時存在の原則の指摘	2
	(2)	規範定立 ・原因において自由な行為の理論による場合は、①間接正犯類似構成によるか、②行為と責任の同時存在の原則を修正する立場か、どちらかの明示 ★実行行為の途中で限定責任能力になった場合として一体的に評価する立場の場合においても、同様に評価	3
	(3)	本件での具体的検討	
	ア	甲は、片づけたいAを痛めつけようという了解可能な動機により、暴行の意思決定をしていることから、暴行開始当時は完全な責任能力がある状態であったことの指摘	2
	イ	金属バット殴打以前の暴行も、6歳児に対し20代の男性が力任せに殴打するという強度な暴行であることの指摘及び評価	1
	ウ	甲の暴行は、当初から最後まで、同一機会、同一の故意で継続していることの指摘及び評価	1
	エ	甲は自らの飲酒行為と暴行により、心神耗弱状態に陥ったことの指摘及び評価	1
	オ	甲がAをバットで殴打した行為は、甲が心神耗弱状態に陥った後になされた意思決定であることの指摘及びその評価	1
		★原因において自由の理論において、二重の故意を必要とする立場から「甲は酒癖が悪く、酔うと暴行を加え、相手に怪我を負わせ病院送りにすることを自覚していたこと」を指摘した場合は加點評価点で評価	
	(4)	結論の明示 ・全体として一体的に評価する構成の場合は、全体として殺人罪となり、39条2項の適用は否定。 ・金属バット殴打以前の暴行と以後の暴行を分ける構成の場合は、前者に完全な暴行・傷害が成立、金属バット殴打行為は殺人に該当し、原因において自由な行為の適用により39条2項の適用は否定、暴行・傷害罪は殺人罪に吸収。 ★上記以外の構成・結論の場合でも、論理矛盾なく適切な場合には、同様に配点する	2
第2	乙の罪責		
	1	不真正不作为犯の成立要件	
	(1)	要件定立 ・作為義務、作為可能性が必要であること、その根拠	3
	(2)	本件における検討	
	ア	乙はAの母親であり、Aの生命身体を保護すべき法令上の義務があること	2

	イ	乙は現場におり、口頭でも、甲を止めることが可能であり、作為可能性があったこと	2
	(3)	結論（乙が甲を止めなかったことに作為義務違反があること）	1
2	不作為の共同正犯の成否		
	(1)	規範定立 ・ 従犯と区別する基準、共同正犯の意義	2
	(2)	本件における検討 ・ 甲と乙に意思の連絡はあるが、乙に正犯意思がないこと	2
	(3)	結論	1
3	不作為の幫助罪の成否		
	(1)	不作為による幫助の要件、幫助の定義	2
	(2)	本件での具体的検討	
	ア	乙がAの母親であり、甲の暴行を止めることができたことの指摘	2
	イ	甲は、乙が何もしないことにより、「何をしてもいい」と考えており、甲の犯行を心理的に容易にしたことの指摘	2
4	共犯の錯誤		
	(1)	問題提起 ・ 乙は、Aが軽いけがをする認識はあったが、死亡結果は認識していなかったため、殺人の故意が問題となること	2
	(2)	規範定立 ・ 故意責任の本質、構成要件の重なり合う限度で軽い犯罪の故意を認めるべきこと	2
	(3)	具体的検討 ・ 乙には暴行・傷害の認識はあるから、傷害罪の限度で故意が認められること	2
	(4)	結論 ・ 傷害致死の限度で幫助犯	1

基本配点分	合計 40点
加点評価点 （論述の流れがよいもの、条文を丁寧に挙げているもの、等には加点する。）	合計 5点
基礎力評価点 （①事例解析能力、②論理的思考力、③法解釈・適用能力、④全体的な論理的構成力、⑤文章表現力、各1点）	合計 5点
総合得点	合計 50点

【論 点】

- 1 実行途中で心神耗弱状態に陥った場合の処理（原因において自由な行為）
- 2 不真正不作為犯の作為義務
- 3 不作為による共犯
- 4 共犯の錯誤

【参考文献】

- ・山口 厚『刑法』（有斐閣，第3版，2015）P.47～52, 135～8, 172, 179
- ・大塚裕史ほか『基本刑法Ⅰ』（日本評論社，第2版，2016）P.82～8, 222～230, 363～4, 374～5
- ・大塚裕史ほか『基本刑法Ⅱ』（日本評論社，第2版，2018）P.
- ・前田雅英『刑法総論講義』（東京大学出版社，第6版，2015）P.93～9, 307～313, 383～5
- ・大谷 實『刑法講義総論』（成文堂，新版第4版，2012）P.132～4, 325～332, 443, 464～5
- ・西田典之『刑法総論』（弘文堂，第2版，2010）P.118～126, 284～294, 356～362
- ・刑法判例百選Ⅰ（第7版）6, 36, 83, 89事件
- ・『平成29年度版 趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，平成29年版，2017）P.9, 42～3, 69
- ・『条文判例スタンダード6 刑事系刑法』（辰巳法律研究所，2016）P.39～41, 135～8, 213～4, 229～230

●答案の全体の流れ●

第1 甲の罪責

甲の行為について、①平手で頭部等を殴打した暴行・傷害と②金属製バットで頭部を殴打した殺人行為、に分けて検討する方法（最終的に①は②に吸収）と、①②を一体として殺人罪を検討する方法がある。一体として検討した場合には、実行行為の途中で心神耗弱状態になった場合として、その処理につき、原因において自由な行為の理論を踏まえて検討することとなる。分けて検討した場合では、②の実行行為の時点では、心神耗弱状態であったので、原因において自由な行為の問題となる。

いずれによっても、本件の具体的事実を拾って丁寧にあてはめをすることが必要である。

第2 乙の罪責

不真正不作為犯は条文がないため、その成立要件を論じた上、乙に関する具体的事実 に即してあてはめる必要がある。本問の乙はAの実母であり、現場に居合わせたので、 作為義務は肯定しやすい。次に、乙が甲の共同正犯となるか、幫助犯になるか、共同正 犯の成立要件を論じ、あてはめることになる。結論としては、乙に正犯意思は認めがた く、幫助犯にとどまると考えるのが妥当であろう。さらに、乙はAの死亡結果について は全く予期していなかったので、共犯と錯誤の論点を論じることになる。いずれも規範 定立部分は頻出論点であるので、きちんと整理して書いてほしい。

●論点解説●

論点① 実行行為の途中で心神耗弱になった場合（原因において自由な行為）**1 問題の所在**

甲は、飲酒をしつつAを殴打し、その後、バットを持ち出した時点以降には心神耗弱状態に陥っている。したがって、バットで殴打した行為については、行為と責任の同時存在の原則により、刑法（以下、略）39条2項が適用され、刑が必要的に減輕されるように見える。

しかし、自らの飲酒等の原因行為により、責任無能力・限定責任能力状態を招き、その状態において、犯罪結果を実現させた場合に、刑が減輕・免除されるのは、法感情に反する。そこで、実行行為の段階で責任能力がない、あるいは限定責任能力状態であっても、そのような状態に陥るかどうかは自由に決定できたのであるから、責任を認めようとするのが「原因において自由な行為」の理論である。

2 学 説**A 実行行為途中での責任能力低下は問題にならないとする見解（中森、中空など）**

- ・「着手後の責任能力の低下の事例において重要なのは、実行行為の一体性・一個性であり、責任能力の低下後に行行為者に新たな認識が生じ別の行為が行われたと見るべきでないのであれば、行為は全体として1個であり、行為者はその全体について責任を負うとすべき」である（中森喜彦「実行開始後の責任能力の低下」『中山研一先生古稀祝賀論文集 第三巻』（成文堂、1997）P. 225～6）。

B 原因において自由な行為の法理が適用されるとする見解（山口・前田）

- ・加害行為と並行して行われた飲酒行為等により心身喪失状態が生じ、その下で構成要件的結果を惹起した場合には、通常の原因において自由な行為と同様に解決されるべきである。すなわち、原因において自由な行為の可罰性を肯定するためには、実行行為の遡及、構成要件該当事実の遡及を認めることが必要であり、そのような根拠として考えられるのは、責任無能力者を利用した間接正犯事例のように、自己の心神喪失状態を利用した結果惹起全体を構成要件該当事実としてとらえることである。しかしながら、その場合には、間接正犯においては、媒介者を「道具」のように利用しうることについての認識・予見が、故意犯の成立を肯定するために必要であったのと同様、構成要件的結果惹起の認識・予見のみならず、責任能力喪失の認識・予見も故意犯成立の要件になる（山口・前掲P. 137～8）。
- ・一般に、実行行為の着手から結果発生までの実行行為全体が全て責任能力にカバーされているわけではないことを想起する必要がある。例えば、激情犯の場合、結果発生の時点では責任無能力状態にある場合がかなり考えられる。実行行為と責任能力の同時存在といっても、どの部分まで責任能力が「影響している」必要があるか

という問題なのである。「責任非難」を、国民の目からみて非難可能でなければ刑罰制度が有効に機能しないという観点から考えていくと、「自己の是非弁別能力と行動を制御する能力により結果を発生させた以上、着手の時点で責任能力がなくても刑事責任は問いうる」と考えられる。そして、弁別・行動能力により、結果を生ぜしめたと評価し得るかは、責任能力の存在していた時点で、結果の発生に向けられた行為を実質的に開始したといえるかによる（前田・前掲P. 310～311）

＊ A説の見解も、「いかなる場合でも完全責任能力を問えるとするわけではなく、行為態様や意思の連続性を考慮して、結果の帰責が認められない場合があることも認めており」、B説の見解も、「原因において自由な行為の法理の適用に当たっては、実行の着手後の事例であることを考慮して、原則として完全責任能力を認めており、両者の違いはほとんどない」、との指摘がある（佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013）P. 335）。

※ このほかにも、ヴェーバーの概括的故意の事例と同じく、因果経過の錯誤ないし客観的帰属の問題として捉える解決法もある（山中敬一『刑法総論』（成文堂、第3版、2015）P. 675）。

3 裁判例

□ 東京高判昭54. 5. 15（判時937-123）

〔事案の概要〕

被告人は、殺人の実行行為の途中で情動性朦朧状態に陥り、心神耗弱状態で殺人行為を行った。

〔判 旨〕

「被告人はその責任能力に特段の減弱のない状態において既に未必的殺意をもつて積極的に重大な加害行為に及んだものであつて、以後の実行行為は右殺意のおのずからなる継続発展として、かつ主としては右と同じ態様の加害行為をひたすら反覆継続したという関係なのである。本件犯行行為中右開始当初の部分が、被告人に対する本件行為全体の非難可能性の有無、程度を判定するうえに無視して差支えないほどの、或は見るべき意味をもたない程の軽微僅少なものであるとはとうていいえない。そしてまた、被告人が行為中途でおちいつた情動性朦朧状態も、それは被告人が相手方に対して意図的に右のような重大な加害を開始してしまったことによる激しい精神的昂奮が少なからず起因しているものであることは容易に窺知できるところであり、それならば、その精神的昂奮状態は被告人において自ら招いた面が多いという関係もそこに認められるのである。被告人に対し非難可能性の減弱を認めるべき実質的根拠はますます薄弱とならざるを得ない。」

〔本判決の評価〕

本判決は、B説の立場であると評価されている（判例タイムズ795号P. 266）。

□ 大阪地判昭58. 3. 18 (判時1086-158)

〔事案の概要〕

被告人は、飲酒酩酊中に被害者に多数回にわたる暴行を加えて死亡させたが、犯行途中から飲酒酩酊による錯乱状態に陥っていた可能性があった。

〔判 旨〕

「被告人は、本件犯行に着手した時点においてはもとより、犯行の前半部分にあたる、金網のフェンス付近に転倒した被害者に暴行を加えた段階においては、その責任能力に疑いはなかったものであるところ、その段階において被害者に加えた暴行は、優に致死の結果をもたらすものと認められるうえ、その後の被告人の錯乱状態は、被告人自らの飲酒及びそれに先き立つ暴行等の行動によって招かれたものであり、かつ、右状態で行われた暴行は、前段階におけるそれと態様を異にするものでもないから、本件における被告人の暴行は、その全部を一体として評価すべきであり、仮りに犯行の後半部分において、被告人がその責任能力に何らかの影響を及ぼすべき精神状態に陥っていたとしても、刑法39条1項又は2項は適用されないものと解すべきである。」

〔本判決の評価〕

本判決は、B説の立場であると評価されている（判例タイムズ795号P.266～7）。

□ 長崎地判平4. 1. 14 (判時1415-142, 刑法百選I〔第7版〕36事件)

〔事案の概要〕

被告人は、酒を飲みながら被害者に暴行を加えているうちに心神耗弱状態に陥り、致命傷を負わせる暴行を加えて、被害者を死亡させた。

〔判 旨〕

「本件は、同一の機会に同一の意思の発動にでたもので、実行行為は継続的あるいは断続的に行われたものであるところ、被告人は、心神耗弱下において犯行を開始したのではなく、犯行開始時において責任能力に問題はなかったが、犯行を開始した後に更に自ら飲酒を継続したために、その実行行為の途中において複雑酩酊となり心神耗弱の状態に陥ったにすぎないものであるから、このような場合に、右事情を量刑上斟酌すべきことは格別、被告人に対し非難可能性の減弱を認め、その刑を必要的に減軽すべき実質的根拠があるとは言いがたい。そうすると、刑法39条2項を適用すべきではないと解するのが相当である。」

〔本判決の評価〕

「本判決は、刑法39条2項を適用しない根拠として意思の同一性や実行行為の継続性等を掲げているが」、前掲東京高判昭54. 5. 15や前掲大阪地判昭58. 3. 18と異なり、「加害行為の重大性や責任能力減弱の自招性を明示しておらず、また完全責任能力時における結果惹起への予見可能性の有無について何ら判断を示

していないことから」、A説の立場と「解することができようか」との指摘がある（判例タイムズ795号P. 267）。

＊ なお、「裁判例は、機会の同一性と意思の連続性を完全責任能力を問うための前提としていえると考えられ、実行の着手後の責任はおよそ問題にならないとしているわけではない。」との説明がある（佐伯・前掲P. 335）。

□ 名古屋高判昭31. 4. 19（高刑集9-5-411）

〔事案の概要〕

ヒロポン中毒患者である甲が、塩酸エフェドリンを自己注射した結果、幻覚妄想等を起こし、自己及び一家が世間から恨まれて復讐されると思い、姉Xを殺し自分も自殺しようと考え、Xを短刀で突き刺して死亡させたが、犯行当時、心神喪失状態にあった。

〔判 旨〕

「被告人が刑事責任を科すべき殺意を有していたかどうかの点を除き原判示の如き犯行を為したことは原判決挙示の各証拠により明白である。而して論旨は被告人は本件犯行当時心神喪失の状態にあったから本件は心神喪失者の行為として無罪である旨主張するのでこの点につき審究するに被告人の検察官に対する第1回乃至第7回供述調書並原審及当審の証人Aに対する各証人尋問調書中の供述記載によれば被告人は原判示の如く昭和28年2月頃からヒロポンの施用を知り同年8月頃その中毒患者となり幻覚妄想等の症状を呈するに至ったので医療を受けると共にヒロポンの施用を中止した結果一旦治癒したが生来忍耐力乏しく家庭に居住するのを好まず同29年3月頃家出を為し其の後諸所を転々の上同年5月下旬姉Xの結婚先である原判示B方に至り同家に寄寓中同年6月5日頃塩酸エフェドリンの水溶液を自己の身体に注射しその結果中枢神経が過度に興奮し幻覚妄想を起し自己及A一家が世間から怨まれて復讐されるが如く思惟して生甲斐なく感ずると共に厭生観に陥り先づ自己の身近におり日頃最も敬愛する姉Xを殺害して自殺しようと思ひ同月7日原判示の如く短刀を以て右隆子を突刺し同女を死に至らしめたことが明であるが被告人が右の如くXを殺害する決意をしたことが果してその自由なる意思決定の能力を有しないから右の如き決意をしたかどうかを考へると原審鑑定人医師C同D当審鑑定人医師E各作成名義の鑑定書並原審証人C同Dに対する各証人尋問調書の各記載を綜合すれば被告人は生来異常性格者でヒロポン中毒の為その変質の度を増し本件行為当時は薬剤注射により症候性精神病を発しおり本件犯行は該病の部分現象である妄想の推進下に遂行されたものであつて通常人としての自由なる意思決定をすることが全く不能であつたことを認めることが出来るし以上の各証拠を信用出来ない事由は一として存在しないので被告人の本件犯行の殺意の点については法律上心神喪失の状態に於て決意されたものと認めざるを得ない。果して然らば本件犯行を心神喪失者の行為として刑法第39条第1項により無罪の言渡を為すべきか否かにつき更に審究するに薬物注射により症候性精神病を発しそれに基く妄想を起し心神喪失の状態に陥り他人に対し暴行傷害を加へ死に至らしめた場合に於て注射を為す

に先だち薬物注射をすれば精神異常を招来して幻覚妄想を起し或は他人に暴行を加へることがあるかも知れないことを予想しながら敢て之を容認して薬物注射を為した時は暴行の未必の故意が成立するものと解するを相当とする。而して本件の場合原審証人Fに対する証人尋問調書並被告人の検察官に対する昭和29年6月17日附及同月25日附各供述調書の各記載に依れば被告人は平素素行悪く昭和28年1月頃からヒロポンを施用したが精神状態の異常を招来し如何なる事態となり又如何なる暴行をなすやも知れざりし為に同年8月以降之が施用を中止した処翌29年6月5日頃原判示F方に於て薬剤エフェドリンを買受け之が水溶液を自己の身体に注射したのであるが其の際該薬物を注射するときは精神上の不安と妄想を招来し所携の短切（証第4号）を以つて他人に暴行等如何なる危害を加へるかも知れなかつたので之を懸念し乍ら敢て之を容認して右薬剤を自己の身体に注射し其の結果原判示の如き幻覚妄想に捉われて同判示日時前記短刀を以て前記Xを突刺し因て同女を死亡するに至らしめた事実を認めることが出来るから被告人は本件につき暴行の未必の故意を以てXを原判示短刀で突刺し死に至らしめたものと謂うべく従つて傷害致死の罪責を免れ得ないものと謂わなければならない。従つて原判決が被告人の前記犯行を殺人罪とし当時被告人は心神耗弱の状況にあつたものと認定したのは証拠の価値判断を誤り採証の法則に反し事実を誤認した違法がありこの違法は判決に影響を及ぼすものと謂わなければならない。」

4 本問の事案に即した具体的検討

甲の殺人の実行行為を、金属バットで殴った行為のみと捉える場合、実行行為開始時点で心神耗弱状態であるので、原因において自由な行為の理論を検討する。原因において自由な行為を認める理論的根拠を示した上で、甲は、原因行為時（飲酒）に、完全な責任能力がある状態でAに暴行する意思決定をしていたこと、甲は、自らの飲酒と暴行により心神耗弱状態に陥ったことなどを指摘し、原因において自由な行為の理論により、完全責任能力を認めることになる。このアプローチの場合、甲は原因行為時にはAを殺害する意思はなかったと考えれば、傷害致死が成立する余地がある。しかし、甲は、原因行為時から「どうなってもかまわない」と考えていたこと、Aが6歳の幼児であり20代の男性が暴行を継続すれば生命への危険は認識しえたことからすると、A死亡結果の認容はあつたとも考えられるので、殺人罪を認めることも可能である。いずれにせよ、当初の暴行・傷害は、後の傷害致死あるいは殺人により吸収される。

これに対し、甲がAを平手などで殴打し始めた時点から金属バットで殴った行為までを一体の実行行為と考え、実行行為の途中で心神耗弱状態になったと考える場合には、上記の事情のほか、当初からAが気に入らないという動機で暴行を開始し、それが最後まで継続しているから、連続性が認められる。完全責任能力状態で意思決定をしている以上、39条2項の適用はないとして、殺人罪の成立が認められる。

（本論点につき、山口P.135～8、基本刑法I P.222～230、趣・規P.42～3、条・判P.135～8等参照）

論点② 不真正不作為犯の作為義務**1 問題の所在**

乙が、Aが甲に殴打されるのを知りつつ、甲を止めなかった不作為について、乙は、不作為による傷害罪（204条）の共犯の罪責を負うかが問題となる。

このような不真正不作為犯が成立するためには、不作為者に保障人的地位に基づく法的作為義務があることが必要であると解されている。そこで、どのような根拠に基づいて、どのような主体が法的作為義務（※作為義務の内容については論点③の解説も参照すること。）を負うかが問題となる。

2 学 説**A 従来の通説**

法令・契約・条理上義務を負う場合に、保障人的地位を認める（形式的三分説）。
（批判）

- ① 民法上の義務が刑法上の作為義務を基礎付けることになる根拠が不十分である。
- ② 条理（社会通念）という概念は、あいまいでありすぎる。

B 先行行為説

作為は因果の契機を与え、不作為は単に因果の契機を放棄しているにすぎないから、本来、両者は、構成要件的に同価値ではない。そこで、両者の同価値性を認めるためには、不作為者が自己の先行行為によって因果を設定することが必要である。

（批判）

多くの故意犯・過失犯が不真正不作為犯に転化してしまう。

C 具体的依存性説

作為義務が生じるのは、保護の引受けがあった場合に限られる。

（批判）

- ① 保護を引き受けたことだけが作為義務の根拠であるとするならば、例えば、仮死状態で生まれたえい児の世話をしないというような場合は含まれないことになる。
- ② ひき逃げの事案で、被害者を病院に連れていこうと思って自分の車に引き入れたという場合には、保護の引受けがあるが、被害者をどこかに連れて行って捨てようと思って車に引き入れたという場合は、除かれることになる。

D 総合的な事情を考慮する説

①既に発生している危険をコントロールし得る地位にあるかどうか、②結果発生 of 危険に重大な原因を与えたか否か、③当該結果の防止に必要な作為がどれだけ容易であるか、④他に結果防止可能な者がどれだけ存在したかなどに加えて、⑤法令や契約等に基づく行為者と被害者の関係、⑥他の関与者が存在する場合には、「誰に帰責すべきか」という判断も考慮して、作為により犯罪を犯した場合と同視し得る程度の作為

義務違反が認められる場合には、実行行為性が認められると考えられる。

※ なお、近時では、消極的態度である不作為が積極的に因果の流れを設定する作為と同価値であるためには、不作為の時点で不作為者が因果の流れを掌中に収めていることが必要であるとして、排他的支配を要求する説も有力である。

さらに、この見解は、付加的要件を要求するが、その内容については争いがある。

まず、西田典之教授は、意思に基づく排他的支配の獲得を要求する。さらに、客観的に排他的支配はあるが、その獲得が意思に基づくものでない場合（「支配領域性」と呼ぶ）には、「意思に基づく」という部分が欠けるため、これを代替・補充するものとして、親子関係や建物の管理者・警備員であるなどの社会継続的な保護関係を要求する（西田・総論P. 125～6）。

これに対しては、継続的保護義務の要件は、保護の引受け又は保護の期待という観点から要求されるのに対して、自己の意思による排他的支配の設定という要件は、保護の引受けのみならず、他者による救助の可能性を排除するという意味での、危険の創出・維持という観点に基づくのであり、異質の要素を含んでしまっているとの批判がある。

また、佐伯仁志教授は、排他的支配に加え、自由保障の観点から危険創出（又は危険増加）を要求する（佐伯・前掲P. 89）。

これに対しては、①危険創出を要求すると、多くの故意犯・過失犯が不真正不作為犯に転化してしまう、②保護の引受けの事例を捕捉できないことになるとの批判がある。

3 裁判例

□ 東京地八王子支判昭57. 12. 22（判タ494-142）

〔事案の概要〕

雇主のX及びY（以下「Xら」という。）は、自己の居宅に居住させていた従業員のVに対し、暴行を加えて鼻骨骨折を伴う鼻根部挫創等の傷害を負わせた。Vは、その傷害のため高熱を発し、食欲を失い、意識も判然としなくなるなど重篤な症状を呈するに至った。Xらは、Vに医師による適切な治療を受けさせればVの死を予防することが可能であるのに、上記傷害の事実が発覚するのを恐れて、Vが死亡するのやむを得ないと考え、Vに対し、医師の治療を受けさせず、自宅にあった化膿止めの薬品等を投与するなどにとどめたため、Vは、死亡した。

〔判 旨〕

本判決は、以下のように述べて、殺人罪が成立する旨判示した。

「作為義務について

弁護人は、1、加害行為がいわゆる『先行行為』として不作為による殺人罪の要件である作為義務を発生させるためには、当該加害行為の結果、死に至る高度の蓋然性があることが必要であるが、Xらの7月13日ないし16日の行為は、創傷を生じたとしても、それがVの直接の死因ではなく誘因に過ぎず、また、医学に素人であるXらにとって右創傷を誘因として死亡するに至ることは予見不可能であり、

いわゆる『先行行為』には該当しない、2、Xらは、Vの雇主で同居者であるに過ぎず、Vに対する救助を『引き受け』た事実はなく、また、Vを隔離して第三者による救済を不能にするような行為はしておらず『支配領域』に置いた事実もない、として、Xらには、Vに対する法的作為義務がなかった旨主張する。

しかしながら、1、前掲の関係各証拠によれば、(一) 7月13日における暴行の態様は、前認定のとおり、かなり強力なものであったこと、(二) 同日ないし16日の暴行によつて、Vは、その顔面、頭部及び肩部に合計11箇所の創傷を被り、その中には、長さ約2センチメートルの鼻骨々折を伴う鼻根部正中の創や長さ2.3センチメートルの唇を貫通した下口唇の創など、それ自体、かなりの重傷というべきものがあること、(三) 証人αの当公判廷における供述（以下α証言ということがある）によれば、右のような創傷に対して縫合などの治療が施されない場合は、これが細菌の感染を受けて化膿性の炎症を起こす高度の蓋然性が存し、その結果、化膿菌が血中に入つて敗血症等の重篤な症状を来すなどして死亡する可能性の存すること、このような事実が認められるのであつて、これらを総合すれば、Xらは、自己の行為によりVを死亡させる切迫した危険を生じさせた者と認められる。

2、また、前掲の関係各証拠によれば、(一) Vは、知能や判断力がやや劣る者であつたが、Xらは、昭和55年5月ころ、このようなVを雇い入れ、同年10月ころからは、Vに売春をさせてその代金なども取り上げるようになったうえ、翌56年2月ころ、もつぱらXらの都合により、Vが20年近く住んでいた埼玉県朝霞市内から東京都練馬区内のXら方に転居させ、同所で生活させていたこと、(二) その後、Xらは、Vに対し、しばしば折檻を加えるようになり、このため、Vも、判示第一記載の被害に遭つた直後ころ、『甲』〔注：XらがVを働かせていた飲食店〕から一旦逃げ出したが、XらはVを捜し出して、再び元の様に働かせていたこと、(三) 一方、Vは、Yが警察にも手を回しているため、警察もXらの仕打ちを取り上げないものと考え、日頃の虐待により逃げ出せば殺されるのではないかとの恐怖にかられていたこと、更に、(四) 本件7月13日の事件の際、Vは、一旦『甲』から逃げ出したものの途中で転倒し、これを追いかけたXは、Vを認めて『大丈夫か』などと声を掛けていたβに対して『引つ込んでいろ』などと怒鳴りつけたうえ、Vを『甲』店舗内に引きずり込み、同店付近飲食店からの通報により臨場した警察官らが、再三店内に入れるよう要請したにも拘らず、内側から鍵をかけてこれに 응ぜず、Xらは、右警察官らが、Vの『大丈夫』との声を聞いて、その場を立ち去るや、Vを自家用普通乗用自動車でXら方に連れ帰っていること、(五) 翌14日にはXらは仕事にも出かけず、Vを見守り、判示の暴行を加えてVを畏怖させ、VはXらに看護をすべて委ね、病状が進み同月15日から起居も一人ではできず、自ら救済を求めることもできなかつたこと、以上の事実が認められ、右各事実を総合すれば、本件犯行に至るまでのXらとVとの関係は、単なる飲食店の経営者とその従業員というに止まらず、Xらが、Vに対し、その全生活面を統御していたと考えられるのであつて、VがXらの『家畜』であつたとの検察官の論旨はいささか誇大に過ぎるにしても、これに近い支配服従関係にあつたことは否めないと認められ、また、7月13日以後、Xらにおいて、受傷したVの救助を引き受けたうえ、Vを、その支配領域内に置いていたと認めるのが相当である。」

〔本判決の評価〕

鎮目征樹准教授は、「本判決も、法律や契約の如き義務の形式的根拠を見出しがたい事案であったが、やはり暴行により被害者に死の切迫した危険を創出したこと、及びA子〔注：上記のVのこと〕の救助を引き受けたという2点を重視しており、従来の判例の傾向に沿うものといえる」とする（鎮目征樹「不作為による殺人」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論』（有斐閣、第5版、2003）P.15）。

□ 最決平17. 7. 4（刑集59-6-403、刑百選Ⅰ7版6事件）

〔事案の概要〕

被告人は、重篤な患者Aの親族からAに対する「シャクティ治療」（その内容については下記決定要旨を参照。）を依頼され、入院中のAを病院から運び出させた上、未必的な殺意をもって、Aにその生命を維持するために必要な医療措置を受けさせないまま、Aを放置して死亡させた。

〔決定要旨〕

本決定は、以下のように述べて、不作為による殺人罪が成立する旨判示した。

「1 原判決の認定によれば、本件の事実関係は、以下のとおりである。

- (1) 被告人は、手の平で患者の患部をたたいてエネルギーを患者に通すことにより自己治癒力を高めるという『シャクティパット』と称する独自の治療（以下『シャクティ治療』という。）を施す特別の能力を持つなどとして信奉者を集めていた。
 - (2) Aは、被告人の信奉者であったが、脳内出血で倒れて兵庫県内の病院に入院し、意識障害のため痰の除去や水分の点滴等を要する状態にあり、生命に危険はないものの、数週間の治療を要し、回復後も後遺症が見込まれた。Aの息子Bは、やはり被告人の信奉者であったが、後遺症を残さずに回復できることを期待して、Aに対するシャクティ治療を被告人に依頼した。
 - (3) 被告人は、脳内出血等の重篤な患者につきシャクティ治療を施したことはなかったが、Bの依頼を受け、滞在中の千葉県内のホテルで同治療を行うとして、Aを退院させることはしばらく無理であるとする主治医の警告や、その許可を得てからAを被告人の下に運ぼうとするBら家族の意図を知りながら、『点滴治療は危険である。今日、明日が山場である。明日中にAを連れてくるように。』などとBらに指示して、なお点滴等の医療措置が必要な状態にあるAを入院中の病院から運び出させ、その生命に具体的な危険を生じさせた。
 - (4) 被告人は、前記ホテルまで運び込まれたAに対するシャクティ治療をBからゆだねられ、Aの容態を見て、そのままでは死亡する危険があることを認識したが、上記(3)の指示の誤りが露呈することを避ける必要などから、シャクティ治療をAに施すにとどまり、未必的な殺意をもって、痰の除去や水分の点滴等Aの生命維持のために必要な医療措置を受けさせないままAを約1日の間放置し、痰による気道閉塞に基づく窒息によりAを死亡させた。
- 2 以上の事実関係によれば、被告人は、自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた上、患者が運び込まれたホテルにおいて、被告

人を信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当てを全面的にゆだねられた立場にあったものと認められる。その際、被告人は、患者の重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根拠はなかったのであるから、直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべきである。それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である。」

〔本決定の評価〕

本決定の最高裁判所調査官解説は、「本件においては、a 被告人の指示により、点滴装置等を取り外した上でAを入院中に病院から運び出させてその生命に危険な状態を生じさせたこと、及び、b 本件ホテルにおいて、被告人を信奉するBから被告人に対し、Aに対する手当てが全面的にゆだねられ、被告人に生殺与奪の権が与えられた状況にあったことが、被告人における作為の可能性・容易性と相まって、被告人に作為義務を生じさせ、その不作為が作為による殺人と同視し得るものと評価すべき事情として重要であったといえることができるものと思われる」と指摘する（藤井敏明「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成17年度）』（法曹会、2008）P.202）。

□ 東京高判平11. 1. 29（判時1683－153 本問の素材裁判例）

〔事案の概要〕

被告人Bは、株式会社乙山の経営するゲームセンター「甲野」で店長の地位にあった。Bは、甲野の事務所内で、Aから丙川パチンコ店の金庫から集金人を介して本社乙山に納められる甲野の売上金も含む現金を強奪する強盗の計画を打ち明けられた。Bは、困惑し、Aに犯行を止めるよう促す発言もしたが、Aから「(Bには)関係ないから。」と言われると、「関係ないならいいです。」と答え、それ以上、Aらに対して犯行を止めさせようとしなかった。

〔判 旨〕

「被告人Bが甲野の売上金を本社に納入する業務に従事し、あるいは同売上金を本社に確実に納入されるよう努めるべき義務を負っていたというのであるが、被告人Aらが対象としたのは丙川、丁原のパチンコ店の売上金であり、かつ現実に奪取された売上金は、丙川、丁原その他の店舗の売上金であって、甲野の売上金は含まれていないのであるが、そのような他店舗の売上金について、被告人Bが職務上どのように関係し、何故義務を負うのか説明がないのであり（原判決は、被告人Bの乙山に対する従業員としての義務の内容に鑑みると、甲野の売上金を本社に納入するのは、10日に1回の割合であり、本件犯行による被害金の中に甲野の売上金が含まれていないことは、同被告人の刑事責任を左右するものではない旨判示する。）、むしろ、被告人Aらの本件強盗は、当初からパチンコ店の売上金を対象とし、被告人Bに対してもそのように説明されており、被告人Bにおいても、パチンコ店の売

上金を対象とした犯行という認識であったのであるから、パチンコ店の売上金を対象とした犯行を前提として、被告人Bにおける職務上の関連や義務を検討すべきであり、そうすると、被告人Bはその職務としてパチンコ店の売上金に何ら関与することはなかったのであるから、そもそも同被告人の職場である甲野での職務を前提に、本件犯行に関する前記保護義務の存否を検討すること自体、正鵠を得たものとはいえない、というべきである。

さらに、甲野の主任（店長）としての立場から、被告人Bに被告人Aの犯行を阻止すべき義務が認められるかを検討すると、被告人Bは、同被告人及び被告人Aを含めた正従業員3名並びにその他アルバイト員らが働くゲームセンターである甲野の主任の立場にあったとはいえ、その職務内容は、ゲーム機の管理・点検、店内の巡視・監視、売上金及び両替用現金の管理・保管等、ゲームセンターとしての店舗の現場業務に関するものであって、そうした職務とは別途に、他の従業員らを管理・監督するような人事管理上の職務を行っていたわけではなく、原判決も、『被告人Aと同Bは、当時、いずれも、乙山経営の甲野に勤め、同店の業務全般に携わっており、同店では、被告人Bが、主任の立場にあったものの、被告人Aも、同社第一営業部長Fの指示を受けて、被告人Bと同様の仕事を任され、同等の立場でその業務に従事し、その売上金等を管理、保管していた。』と判示しており、被告人Bが被告人Aの行状を監督する職務を特に負っていたものではないから、被告人Bに職務上被告人Aの本件のごとき犯行を阻止すべき義務があったということはできない。

したがって、被告人Bについては、その職務との関係から、いずれにしても本件犯行に関する前記保護義務及び阻止義務を認めることができないといわねばならない。」

4 本問の事案に即した具体的検討

以下では、法的作為義務の有無を、法令、契約、又は条理上の義務として認められるかによって判断し、その判断に当たって、犯人と被害者の人的関係や、発生した危険の引受け、支配の程度等を総合的に考慮する見解に立って検討する。

本件において、乙は、Aの母であるから、Aに対する監護権を有し、Aを監護する一般的な義務を負っている（民法820条）。そして、甲のAに対する暴行は、甲宅内という家族以外の者が容易に立ち入ることができない領域において行われていること、従来の甲の暴行は、乙が口頭で注意することによりやめることもあったことからすると、甲の暴行を止めることができたのは乙だけであったということができ、Aがまだ6歳であり、自衛能力に乏しいことも合わせて考えると、乙は、Aの生命身体の安全を保護すべき法的作為義務があったというべきである。

確かに、乙が実力で甲の暴行を制止しようとした場合、甲から暴行を受ける可能性はあったものの、口頭による注意の場合にはそのような事情は認められないから、乙には、少なくとも、甲に、暴行をやめるように口頭で注意する作為義務があったというべきである。

（本論点につき、山口P. 47～52、基本刑法I P. 82～8、趣・規P. 9、条・判P. 39～41等参照）

論点③ 不作為による共犯

1 問題の所在

乙は、甲がAに暴行を加えて傷害を負わせることを認識しつつ、無関心を装っていた。そこで、このような場合に、乙に不作為による共同正犯（60条）又は幫助犯（62条1項）が成立するかが問題となる。

2 学 説

不作為による共同「正犯」と不作為による「共犯」の区別に関する基準について、学説は、以下のように分かれている（西田・総論P.360～362）。

A 義務二分論

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

※ 作為義務の根拠（内容）によって両者を区別する見解である。

（批判）

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

B 同時正犯説

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

（批判）

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

C 原則幫助犯説

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

（批判）

どのような場合に例外として正犯となるのかが明らかでない。

D 因果関係の質的差異に着目する説

作為により、確実に結果を回避することができた場合には不作為の同時正犯とし、結果発生を困難にした可能性がある場合には不作為による幫助とする。

※ 作為義務自体は等質であることを前提として、作為犯の幫助における因果性の議論を不作為犯に引き直した見解である（安達光治「不作為による幫助」山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ総論』（有斐閣，第7版，2014）P.169）。

- * 実務上、共謀の存する場合には、共謀共同正犯として処理され、不作為による幫助犯の成立はきわめて例外的な事態とされてきた。そして、作為の場合のみならず、不作為の場合にも、共謀があれば、何らかの作為的なものが看取され、共謀による実行という形態に解消されることになった。そのため、共謀は認められないが、なお、関与の重要性から見て、処罰に値する関与の場合にのみ、不作為による幫助犯が成立することになる。

3 裁判例

□ 東京高判平20. 10. 6 (判タ1309-292)

〔事案の概要〕

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

〔判 旨〕

「被告人兩名〔注：X及びYのこと。〕自身は、各犯行の実行行為を何ら行っておらず、その一部の分担すらしていない。そこで、被告人兩名に刑事責任を負わせるには、共謀に加わっていたことが必要であり、原判決もその共謀の内容を具体的に判示したのであるが、故意の内容となる犯行への認識・認容に加えて主観的な要素としての共謀の認定は必ずしも内実のあるものにはなっていない。…本件のように、現場に同行し、実行行為を行わなかった者について共同正犯としての責任を追及するには、その者について不作為犯が成立するか否かを検討し、その成立が認められる場合には、他の作為犯との意思の連絡による共同正犯の成立を認めるほうが、事案にふさわしい場合があるというべきである。この場合の意思の連絡を現場共謀と呼ぶことは実務上一向に構わないが、その実質は、意思の連絡で足り、共謀者による支配型や対等関与型を根拠付けるようなある意味で内容の濃い共謀は必要でないというべきである。その代わり、不作為犯といえるためには、不作為によって犯行を実現したといえなければならず、その点で作為義務があったかどうかが重要となるし、不作為犯構成により犯罪の成立を限定するほうが、共謀内容をいわば薄める手法よりもより適切であるといえる。このような新たな観点から、本件を見直すと、原判決があまり重視しているとはいえない被告人Xの当初の言動、すなわち、Vを呼び出した時の状況等が重要となる。すなわち、本件は、被告人XがVに『やられはぐった』と被告人Yに話したことを端緒とし、嘘の口実を設けてVを呼び出したことに始まる。被告人Xは、上記の話を聞き付けたAやBが憤激し、実際には被告人Xは強姦などされていなかったのに、そう誤解したAが『1回ぶっとばされないと分からないのかな』などと言い、Bが執拗にVの呼び出しを迫るなどしている姿を見、また、被告人Xとかつて交際していたAがVを快く思っていなかったことを知っており、Vに会う相手のなかにAも入っていたことからすると、少なくともAにおいて、場合によってはVに暴力を振るう可能性があることを十分認識していた

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

「被告人Yは、Vの逃走後には、Vが1度痛い目にあったほうがいと積極的に思っていたものであって、他方で、被告人Xから話を聞いて、まず自らがVに怒りを感じたものであるし、被告人Xを大声で叱るなどしてA、Bが聞き付ける素地を作り出した上、Aの怒る言動等を認識しながらも、Vの呼び出しを求めるなどして、これを押し進めたことからすると、被告人Xと同様に、身体に危険の及ぶ可能性のある場所にVを積極的に誘い入れたものといえることができる。そうすると、被告人Yは、Vが暴行を加えられている場面で、Vへの暴行を制止する行為をしていることが認められるものの、これは、被告人Yが予想した以上の暴行が加えられていたためと考えられ、身体に危険の及ぶ可能性のある場所にVを誘い入れた者としては、警察や知人等に通報するなどして犯行の阻止に努めるべきであったことには変わりはない。」

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

□ 札幌高判平12. 3. 16（判時1711-170，刑百選I7版83事件 本問の素材裁判例）

〔判 旨〕

「1 不作為による幫助犯は、正犯者の犯罪を防止しなければならない作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能であるのに、そのことを認識しながら、右一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の実行

を容易にした場合に成立し、以上が作為による幫助犯の場合と同視できることが必要と解される。

- 2 被告人は、平成8年3月下旬以降、約1年8か月にわたり、Aとの内縁ないし婚姻関係を継続し、Aの短気な性格や暴力的な行動傾向を熟知しながら、Aとの同棲期間中常にDらを連れ、Aの下に置いていたことに加え、被告人は、わずか3歳6か月のDの唯一の親権者であったこと、Dは栄養状態が悪く、極度の痩状態にあったこと、Aが、甲野マンションに入居して以降、CやDに対して毎日のように激しいせっかんとを繰り返す、被告人もこれを知っていたこと、被告人は、本件せっかんの直前、Aが、Cにおもちゃを散らかしたのは誰かと尋ね、Cが、Dが散らかした旨答えたのを聞き、更にAが寝室でDを大きな声で問い詰めるのを聞いて、AがDにせっかんとを加えようとしているのを認識したこと、Aが本件せっかんに及ぼうとした際、室内には、AとDのほかには、4歳8か月のC、生後10か月のF子及び被告人しかおらず、DがAから暴行を受けることを阻止し得る者は被告人以外存在しなかったことにかんがみると、Dの生命・身体の安全の確保は、被告人のみに依存していた状態にあり、かつ、被告人は、Dの生命・身体の安全が害される危険な状況を認識していたというべきであるから、被告人には、AがDに対して暴行に及ぶことを阻止しなければならない作為義務があったというべきである。

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

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

ると、被告人の行為は、作為による幫助犯の場合と同視できるものというべきである。」

4 本問の事案に即した具体的検討

- (1) 共同正犯の処罰根拠は相互利用補充関係に基づく犯罪実行にあるから、①共謀と、②正犯意思が認められ、かつ③①の共謀に基づく実行行為がある場合には、たとえ作為と不作為の間であっても、共同正犯が成立する。

本件において、①甲と乙の間で、甲がAに暴行することの共謀があったか検討する。乙は、甲がAに暴行しようとしていることに気づきながら、甲に「何か文句あるか。」と聞かれて「別に何も。」と答えてキッチンに引っ込み、これにより甲は、乙がAへの暴行を容認していると考えた。よって、共謀が存在する。

次に、②乙に正犯意思があったかを検討する。乙にはAに暴行する動機がなく、Aがかわいそうだと感じており、積極的に暴行を望んではない。よって、乙に、甲の行為により自己の犯罪を実現する意思、正犯意思は認められない。

よって、乙に共同正犯は認められない。

- (2) では、乙に不作為の幫助犯（62条1項）が成立するか。

ア 「幫助」（62条1項）とは、正犯の行為を容易にすることをいう。62条1項は、「幫助した」としており、作為の形で規定してはいるものの、不作為によっても正犯の行為を容易にすることは可能であるから、不作為による幫助は認められる。すなわち、不作為により正犯の行為を容易にした場合に、不作為の幫助が認められる。

イ そこで、乙の不作為が甲の暴行・傷害・殺人を容易にしたか、を検討する。乙が甲に対し、口頭や行動で暴行や金属バットの持ち出しを止める、Aを連れて逃げるなどの作為義務を尽くしていれば、甲がAに対し暴行を継続することが、確実に防止できたと言えないものの、遂行は困難になったと言える。よって、乙の不作為により、甲の犯行を容易にしたと言えるから、不作為の幫助が成立する。

（本論点につき、山口P. 179, 基本刑法 I P. 363～4, 条・判P. 213～4等参照）

論点④ 共犯の錯誤

1 問題の所在

本件において、乙は、甲がAに軽い怪我を負わせるかもしれないが、それも仕方がないという認識で、不作為により甲を幫助しているが、甲は、Aに殺意を抱いていた。すると、乙は、傷害罪の幫助の認識で、それより重い殺人（未遂）罪の幫助をしたことになる。このような場合について、38条2項は、「重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。」と定めている。もっとも、同項は、いかなる罪によって処断することができるかについては定めていない。そこで、上記の場合に、乙にはどの範囲で故意犯の成立を認めることができるかが問題となる。

2 学説

行為者が認識した事実と発生した事実が異なる構成要件に属する場合を抽象的事実の錯誤という。この場合の判断基準については、以下のように、学説が対立している。

A 抽象的符合説

行為者がおよそ犯罪となる事実を認識して行為をし、犯罪結果を発生させた以上、抽象的な符合が認められるので、故意を認める。

B 法定的符合説（判例・通説）

行為者が認識した事実と発生した事実が構成要件の範囲内で符合していれば、故意を認める。

もっとも、この説は、両事実の構成要件が異なっても、それらが重なり合う場合には、その限度で軽い罪の故意を認める。この「重なり合い」の判断基準については、以下のように、見解が分かれている。

B 1 形式説

構成要件が形式的に重なり合うか否かを基準とする。

B 2 実質説

保護法益の共通性及び行為態様の共通性を基礎として、構成要件が実質的に重なり合うか否かを基準とする。

3 判例（教唆の事例）

□ 最判昭25. 7. 11（刑集4-7-1261，刑百選I 7版89事件）

〔事案の概要〕

Xが甲らにA方への住居侵入窃盗を教唆したところ、それにより強盗を決意した甲らは、A方の屋内に侵入したが、母屋には侵入することができなかったため、窃

盗を断念した後、隣家のB商会に押し入ることを謀議し、B商会に侵入して強盗を犯した。

〔判 旨〕

「原判決によれば、被告人Xは甲に対して判示A方に侵入して金品を盗取することを使唆し、以て窃盗を教唆したものであつて、判示B商会に侵入して窃盗をすることを教唆したものでないことは正に所論の通りであり、しかも、右甲は、判示乙等3名と共謀して判示B商会に侵入して強盗をしたものである。しかし、犯罪の故意ありとなすには、必ずしも犯人が認識した事実と、現に発生した事実とが、具体的に一致（符合）することを要するものではなく、右両者が犯罪の種類（定型）として規定している範囲において一致（符合）することを以て足るものと解すべきものであるから、いやしくも右甲の判示住居侵入強盗の所為が、被告人Xの教唆に基いてなされたものと認められる限り、被告人Xは住居侵入窃盗の範囲において、右甲の強盗の所為について教唆犯としての責任を負うべきは当然であつて、被告人Xの教唆行為において指示した犯罪の被害者と、本犯たる甲のなした犯罪の被害者とが異なる一事を以て、直ちに被告人Xに判示甲の犯罪について何等の責任なきものと速断することを得ないものと言わなければならない。」

4 本問の事案に即した具体的検討

以下では、B 2 説に立って検討する。本件において、傷害罪の保護法益は身体の生理的機能にあるところ、これは、殺人罪の保護法益である生命に包摂される。また、これらを侵害する態様も、身体に対する攻撃という点で共通しているといえる。したがって、より軽い傷害罪の限度で構成要件の実質的重なり合いが認められるから、乙の当該行為については、傷害罪の幫助の限度で故意犯の成立が認められる。

（本論点につき、山口P. 172、基本刑法 I P. 374～5、趣・規P. 69、条・判P. 229～230等参照）

模 範 答 案

予備試験スタンダード論文答練（第1クール）
第11回（刑法1）第2問

辰 巳 法 律 研 究 所

解答例（作成：辰巳法律研究所）

P.1 第1 甲の罪責

1 殺人の実行行為

(1) 甲は、Aの頭部・顔面を平手や拳で多数回にわたり殴打した上、金属バットでその頭部を殴打し、Aを死亡させたので、殺人罪（刑法（以下、略）199条）の実行行為性が問題となる。

(2) この点、甲は、暴行開始時には暴行の故意はあるが、殺意は明確でなく、金属バットを持ち出した時点で「Aが死んでも構わない」と未必の殺意が明確になっているので、金属バットで殴打した暴行のみが殺人行為に当たるとも見える。

(3) しかし、甲の暴行はいずれも、Aが腹立だしいという同一の動機に基づくものであり、時間的場所的にも接着している。甲が平手や拳で殴打した暴行も、20代の男性が6歳の幼児に対し、その頭部を多数回、力任せに殴打するという極めて強度なものであった。甲は暴行当初から、Aに手加減する気持ちは全くなく、どうなっても構わないと考えていたので、A死亡結果に対する認容はあったと考えられる。とすると、甲の一連の暴行は、暴行開始当初から一体として殺人行為と評価すべきである。

2 39条2項の適用

(1) 甲は、実行行為の途中、金属バットでAを殴打した時点から、複雑醗酵により心神耗弱に陥ったので、限定責任能力となるか（39条2項）。責任能力は行為時に存在しなければならない（行為と責任の同時存在の原則）。しかしながら、自らの飲酒等の原因行為により、心神耗弱状態となった場合に、常に限定責任能力となるのでは、法感情に反する。そこで、完全な責任能力を問うことができないか、いわゆる原因において自由な行為の理論が問題となる。

(2) 思うに、限定責任能力下における行為に刑の減軽が認められるのは、事理弁識能力及びこれに従って行動をコントロールする能力が著しく減退している状態で、意思決定をし、その決定に基づいて行動した場合には、非難可能性が減少するためである。とするならば、実行行為全体において常に責任能力が備わっている必要はない。実行行為の途中で限定責任能力状態に陥ったとしても、完全な責任能力のある状態で意思決定をし、その意思決定に従って一連の実行行為を行ったと評価できる場合には、一体として完全な責任を問うことができると考える。そして、同一機会において、同一の故意により、犯行が継続していた場合には、一連の実行行為を一体として評価できると考える。

(3) 甲は、午後5時半頃、Aがおもちゃを散らかしていたことに腹を立て、犯行を決意しており、その動機は了解可能であるし、同時に乙の意思も確認しているので、意識は清明で合理的な意思決定が可能な完全責任能力であったと言える。その後、自ら飲酒を続け、自らの暴行の影響もあいまって、複雑醗酵状態に陥ったため、心神耗弱状態となったのであり、病気等の場合に比して、非難可能性が減少する事情とは認めがたい。そして、それ以前の暴行も、6歳の幼児に対し、20代の男性が力任せに多数回殴打する暴行という極めて強度な暴行を続けており、その後、Aをさらに痛めつけるために殺傷能力の高い金属バットを持ち出した。以上の甲の実行行為を全体的に観察すれば、完全な責任能力状態で意思決定をし、その決定に従って全体の実行行為を行ったと評価できる。

(4) よって、甲の行為に対しては、完全責任能力を問うことができる。甲には全体として殺人罪が成立し、39条2項の適用はない。

第2 乙の罪責

1 (1) 乙が、甲のAに対する殴打行為を止めなかったことについて、不作為の共犯が成立するか。不真正不作為犯の要件が問題となる。

(2) 不真正不作為犯は、処罰範囲が無制限に拡大するおそれがあるから、これが認められるには、作為の場合と構成要件的に同価値であると認められること、すなわち①保証人的地位にあることにより法的作為義務が認められ、②作為可能性があるにもかかわらず、③具体的作為義務に違反したことが必要であると解する。そして、①の保証人的地位による法的作為義務が認められる根拠として

- P. 3 は、法令上、条理上の作為義務が考えられる。
- 46 (3) 乙はAの実母であるから、Aの生命身体を保護すべき法令上の義務を有する（民法820条）。よ
- 47 って、①の作為義務が認められる。また、乙は現場に居合わせ、甲が暴行しようとしていることを
- 48 認識していたのであるから、やめるように声をかけることや、暴行を監視することにより、甲によ
- 49 るAの暴行・殺害を止めることができた。よって、②の作為可能性もある。
- 50 (4) たしかに、乙は、甲を止めようとすると、自らが暴行を受けるおそれがあった。しかし、甲にや
- 51 めるよう声をかけたり、Aを連れて家を出て逃げるなどの方法により、甲から暴行を避けてAを守
- 52 る方法があったといえる。にもかかわらず、乙は甲に「文句あるか」と聞かれて「特に何も。」と答
- 53 え、キッチンに引っ込んで何もしなかったのであるから、作為義務違反が認められる。
- 54 2(1) 次に乙は、甲の不作为による共同正犯（60条）といえるか。
- 55 (2) 共同正犯の処罰根拠は、共犯者が相互に互いの行為を利用補充し合うことにより、結果発生への
- 56 因果性を高めることにある。よって、共同正犯が認められるためには、①互いの行為を利用補充し
- 57 あうという意味の連絡（共謀）と、②他人の行為を利用補充して自己の犯罪を実現する意思（正犯
- 58 意思）が必要である。
- 59 (3) 乙は、甲がAに暴行を振るうことを認識しながら、甲から「文句あるか。」と暴行に異議があるか
- 60 聞かれた際、「特に何も」と答えて、消極的に同意しており、甲も乙が同意していると認識した。こ
- 61 れにより、意思の連絡があったと認められる。
- 62 他方、乙は、Aが暴行を受けることはかわいそうだと感じており、積極的に望んではおらず、甲
- 63 の行為を利用して自己の犯罪を実現する意思はなかった。よって、正犯意思がなく、乙に共同正犯
- 64 は認められない。
- 65 3 乙に不作为の幫助犯（62条1項）が成立するか。
- 66 (1) 「幫助」（62条1項）とは、正犯の行為による結果発生を物理的・心理的に容易にすることをいう。
- P. 4 不作为によっても正犯の行為を容易にした場合、不作为の幫助犯が成立する。
- 68 (2) 乙は甲に「何か文句あるか」と聞かれて、「特に何も。」と答え、キッチンにひっこんで何もしな
- 69 かった。甲はこのような乙の不作为の態度を見て、母親である乙が暴行を容認しているから、どん
- 70 な暴行をしてもよいだろうと考え、犯行に至ったのであるから、乙の不作为が、甲の犯行を心理的
- 71 に容易にしたといえる。よって、不作为の幫助犯にあたる。
- 72 4 乙は、自らの不作为により甲の暴行が容易になり、その結果、Aが軽いけがをするかもしれないと
- 73 は認識していたが、重大な結果になるとは考えておらず、甲が金属バットを持ち出したことは認識し
- 74 ていなかったの、A死亡の結果については全く認識・認容がなかった。そこで、乙は、殺人の故意
- 75 がなくても殺人罪の幫助犯となるか、共犯の錯誤が問題となる（38条2項）。
- 76 (1) 故意とは、構成要件該当事実の認識・認容をいう。故意責任の本質は、構成要件該当事実を認識
- 77 しながら、あえて行為に出た点に強い責任非難が向けられることにある。
- 78 共犯者はAという構成要件事実を認識していたが、他の共犯者が全く異なるBという構成要件事
- 79 実に及んだ場合、Bの事実を全く認識・予見できなかった共犯者に対し、故意責任を問うことはで
- 80 きない。しかし、そのような場合でも、構成要件が実質的に重なり合う範囲では、共犯者にも構成
- 81 要件該当事実の認識・認容があるから、故意責任を問いうる。
- 82 (2) 乙には、Aの死亡結果という殺人の構成要件該当事実の認識・認容がない以上、殺人罪の故意責
- 83 任を負わせることができない。しかし、殺人と傷害の故意は、殺意の点を除いて、構成要件が実質
- 84 的に重なり合う。乙は、Aが軽いけがをする認識はあったので、傷害の限度では、構成要件該当事
- 85 実の認識・認容があるから、傷害罪の故意責任が認められる。
- 86 最終的にAは死亡しており、傷害致死は結果的加重犯であり、死亡についての認識は必要ない。
- 87 5 したがって、乙にはAに対する傷害致死罪（205条）の幫助犯が成立する。

以上

予備試験本試験
最終合格者答案予備試験スタンダード論文答練（第1クール）
第11回（刑法1）第2問

辰巳法律研究所

P.1 第1 甲の罪責

2 1 Aの顔面を平手で数回殴打した行為

3 甲がAの顔面を平手で数回殴打した行為は、不法な有形力の行使であるから、暴行に当たる。
4 よって、甲に暴行罪（刑法（以下法令名略。）208条）が成立する。

5 2 Aの顔面や頭部を平手や拳で十数回にわたり殴打し続けた行為

6 (1) 甲がAの顔面や頭部を平手や拳で十数回にわたり殴打し続け（以下「本件殴打行為」とい
7 う。）、その結果Aを死に至らせた行為について、甲に殺人罪（199条）が成立するか。

8 (2) 殺人罪の実行行為は、人を死亡させる現実的危険を有する行為である。

9 本件では、甲は28歳の男性であるが、6歳であるAの顔面や頭部を力任せに約1時間程度
10 殴打し続けており、殺人罪の実行行為があったといえる。

11 (3) Aは急性硬膜血腫及び脳実質損傷の傷害を負い、脳浮腫により死亡しているが、上記傷害は、
12 本件殴打行為によって生じ得るものである。もっとも、上記傷害は、金属バットによる殴打に
13 よっても生じ得るものであるが、後述するように、本件殴打行為は、金属バットによる殴打と
14 実質的に1個の行為といえるべきであり、本件殴打行為とAの死亡について因果関係が認められ
15 る。

16 (4) 甲は、「どうなってもかまわない。」と考えて、本件殴打行為に及んでおり、Aの死亡を認識
17 し容認していたといえ、A死亡の未必の故意があるといえる。

18 (5) 以上から、甲には殺人罪が成立する。

19 3 金属バットによる殴打行為

20 (1) 甲がAの頭部を金属バットで殴打した行為について、甲に殺人罪（199条）が成立する
21 か。

22 (2) 金属バットは殺傷能力の高い凶器といえる。よって、28歳の男性である甲が、Aの頭部
P.2 という枢要部を金属バットで1回全力で殴打する行為は、Aを死亡させる現実的危険を有す
24 る行為であり、殺人罪の実行行為に当たる。また、甲は、「Aが死んでも構わない。」と思っ
25 ており、殺人の故意も認められる。

26 (3) もっとも、Aの急性硬膜血腫及び脳実質損傷の傷害は本件殴打行為でも、金属バットによ
27 る殴打行為でも生じるものであり、因果関係が認められるかが問題となる。

28 第1行為と第2行為がある場合、第1行為と第2行為について場所的時間的接着性があり密
29 接な関係があり、両者の行為について犯意が連続している場合には、実質的に1個の行為とみ
30 ることができる。

31 本件では、本件殴打行為と金属バットによる殴打行為とは、甲宅のリビングにおいてなされ、
32 その間も約1時間であり、場所的時間的接着性がある。また、両者の行為はAに対する有形力
33 の行使という点で同質であって、両者の行為に密接な関係が認められる。加えて、両者の行為
34 とともに、甲にはAに対する殺人の故意が認められ、犯意が連続しているといえる。よって、本
35 件殴打行為と金属バットによる殴打行為とは実質的に1個の殺人の実行行為とみることができ
36 る。したがって、本件殴打行為と金属バットによる行為とAの死亡との因果関係を認めること
37 ができる。

38 (4) もっとも、金属バットによる殴打行為の時点では、甲は心神耗弱であり、刑を減軽すべき
39 か（39条2項）。

40 行為と責任は同時に存在することが原則である。もっとも、非難可能性は行為者の意思決定
41 に向けられるものであり、実行行為である結果行為が完全責任能力のある原因行為時における
42 意思決定の実現であるといえる場合には、結果行為について完全な責任を問うことができると
43 いふべきである。

44 本件では、甲は、本件殴打行為を開始する段階では完全な責任能力があり、その段階での犯

P. 3 意が金属バットでの殴打行為の時点まで連続しているのであるから、実行行為である結果行為
46 が完全責任能力のある原因行為時における意思決定の実現であるといえる。よって、39条2
47 項の適用はない。

48 (5) 以上から、甲には殺人罪が成立する。もっとも、本件殴打行為と金属バットによる殴打行
49 為は実質的に1個の行為であり、上記2の本件殴打行為と併せて、甲には1個の殺人罪が成
50 立する。

51 4 罪数

52 甲には、暴行罪（218条）と殺人罪（199条）が成立するが、暴行罪は殺人罪に吸収され
53 る。

54 第2 乙の罪責

55 1 乙が、甲の本件殴打行為及び金属バットによる殴打行為を阻止しなかったことにより、乙に、
56 傷害罪致死罪（205条）の共謀共同正犯（60条）または幫助犯（62条）が成立するか。

57 2 共謀共同正犯の要件は、①共謀、②実行行為に準じる重大な寄与、③共謀に基づく実行行為で
58 ある。

59 本件では、乙は、甲を止めなくても重大なことにはならないと考えて、甲の行為を止めなかつ
60 ただけであり、乙と甲の間に意思の連絡はなく共謀はないといえる。よって、乙には、傷害罪の
61 共謀共同正犯は成立しない。

62 3(1) 幫助犯の要件は、①幫助犯が正犯を幫助すること、②それに基づいて被幫助者が犯罪を実行
63 すること、③故意を有することである。

64 (2)ア 幫助とは、正犯の実行行為を容易にすることであるが、不作為による幫助が認められるた
65 めには、作為義務があること、作為が可能かつ容易であることが必要である。

66 本件では、乙はAの母親であり民法820条により監護義務を有しており、加えて、Aに
P. 4 対する暴行を阻止できるのは乙のみであり、排他的支配があったといえる。よって、乙には
68 甲による暴行を阻止する作為義務があったといえる。また、乙が口頭で注意した場合には、
69 甲は2回に1回は暴行を思いとどまっていたことから、乙は甲の暴行を阻止することが可能
70 であり、また、口頭の注意は容易であったといえる。

71 イ また、本件では、乙が「特に何も。」と答えてキッチンに引っ込んだことから、甲は乙が
72 暴行を容認していると思い、Aに対し殺意を生じさせている。よって、乙の不作為が甲の殺
73 人の実行行為を促進させており、因果関係が認められ、乙の幫助行為に基づいて甲が殺人を
74 実行したといえる。

75 ウ 加えて、本件では、乙は、Aが甲の暴行によって軽い怪我をするかもしれないと思ってお
76 り、幫助行為による結果の発生を予見していることから、乙に幫助の故意が認められる。

77 (3)ア もっとも、乙には傷害罪の幫助の故意しかないが、乙の幫助行為は甲の殺人罪を幫助して
78 いることから、錯誤が問題となる。

79 イ 故意とは、構成要件に該当する客観的事実の認識をいうから、錯誤がある場合には、構
80 成要件が実質的に重なり合う範囲内で軽い犯罪の故意が認められると解する。

81 ウ 本件では、傷害罪の保護法益は人の生理機能であるが、殺人罪の保護法益は生命である
82 から、後者に含まれる。行為態様も、身体に対する攻撃という面で共通である。よって、
83 軽い傷害罪の限度で両者の実質的重なり合いが認められる。もっとも、死亡の結果は傷害
84 行為の結果的加重犯として評価されるのであり、故意は不要である。よって、本件では、
85 乙の幫助の故意は、傷害致死罪の幫助の限度で認められる。

86 (4) 以上から、乙には傷害致死罪の幫助犯が成立する（205条、62条）。

87 以 上

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) ☎ 0120-319059 (受講相談)

<http://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)