

金沢幸彦の

答案スキルいっき習得講義

刑 法

辰巳専任講師・弁護士

金沢幸彦 先生

辰巳法律研究所

合格答案の書き方Lecture

刑法の構成

総論

第1 刑法の問題の処理パターン

刑法総論の思考方法	(1)刑法総論の重要な問題点と本質論 (2)問題点の発見の仕方	P.1 P.2
刑法総論の答案の書き方	(1)共同正犯の場合 (2)単独犯, 教唆犯, 幫助犯の場合	P.2 P.2
刑法各論の思考方法		P.3
刑法各論の答案の書き方	(1)構成要件の検討～通常パターン (2)犯罪相互の関係が聞かれている場合	P.3 P.3

第2 公式資料などに見る憲法の学習指針

P.4

司法試験の出題趣旨が示す「憲法の答案の書き方」
司法試験委員の採点実感が示す「憲法の答案の書き方」

各論

問題演習

1	不作為による殺人, 異なる犯罪についての共同正犯の成否	P.10
2	正当防衛における侵害の急迫性	P.16
3	正当防衛における防衛行為の相当性	P.20
4	具体的事実の錯誤(方法の錯誤), 故意の個数	P.24
5	早すぎた構成要件の実現	P.28
6	中止犯における中止行為の任意性	P.32
7	共同正犯関係からの離脱	P.36
8	窃盗罪における占有の意義	P.40
9	窃盗罪における不法領得の意思	P.44
10	強盗罪における暴行・脅迫	P.48
11	自己名義の搭乗券の交付請求と詐欺罪	P.54
12	横領と背任の区別	P.58
13	建造物の一体性	P.64
14	資格・肩書の冒用と「偽造」	P.68
15	犯人自身による身代わり犯人の教唆	P.72

第1 刑法の問題の処理パターン

<以下、『趣旨・規範ハンドブック刑事系』（辰巳法律研究所，第8版，2021）
P.2～3，94より>

刑法総論の思考方法	(1)刑法総論の重要な問題点と本質論	P.1
	(2)問題点の発見の仕方	P.2
刑法総論の答案の書き方	(1)共同正犯の場合	P.2
	(2)単独犯，教唆犯，幫助犯の場合	P.2
刑法各論の思考方法		P.3
刑法各論の答案の書き方	(1)構成要件の検討～通常パターン	P.3
	(2)犯罪相互の関係が聞かれている場合	P.3

第1 刑法の問題の処理パターン

<総論>

1 刑法総論の思考方法

(1) 刑法総論の重要な問題点と本質論

I 構成要件該当性

①実行行為（直接正犯・作為犯が原則）——実行行為の概念

②結果

③因果関係——判断基準

④故意——故意責任の本質

過失——過失責任の本質

II 違法性阻却——違法性の本質

正当防衛・緊急避難・被害者の承諾の要件の解釈

III 未遂

①中止犯の要件——中止犯の本質

②不能犯と未遂犯の区別

IV 共犯

①共同正犯の成立要件——共同正犯の処罰根拠・本質

②教唆犯・幫助犯の成立要件——狭義の共犯の処罰根拠

V 罪数論

（注）要件を本質論との関係から論じる。

総論は，構成要件の犯罪・非犯罪区別機能を聞くことが多い。

【参考】

平成27年出題趣旨

「急迫性を肯定した場合は誤想防衛の問題となり，急迫性を否定した場合には誤解によって自救行為と認識していた場合（以下，便宜上「誤想自救行為」という。）の問題となる。これらの問題として処理する場合，違法性阻却事由に関する錯誤の刑法上の位置付けについて，論拠を示して論ずることとなる。具体的には，故意責任が認められる理由を示し，誤想防衛ないし誤想自救行為が故意責任にどのように影響するのかを論ずることとなる。その上で，甲の認識していた事態が正当防衛ないし自救行為の要件に該当するかを個別具体的に検討する必要がある。」

「甲乙間の共謀ないし乙の教唆行為の際には，甲は実際に新薬の書類を業務上管理しており，乙の認識（故意）は，業務上横領罪のそれであったところ，甲の行為が業務上横領ではなく，窃盗罪であるとした場合，乙の認識と甲の行為との間に齟齬が生じていることから，錯誤の問題を論じる必要がある。本件の錯誤は，構成要件を異にするいわゆる抽象的事実の錯誤であるから，このような錯誤の場合にどのように処理するか，故意責任の本質について触れて一般論を簡潔に示した上，業務上横領罪と窃盗罪との関係を論じることになる。その際，両罪の構成要件の重なり合いがどのような基準で判断されるのかを論ずることになる

う。」

(2) 問題点の発見の仕方

典型的事例とのずれを問う問題が多い。時系列で行為を考えてみる。行為者の思ったとおりに事が運んでいないことを刑法的にどう評価するか。←事案分析の視点が大切

2 刑法総論の答案の書き方

(1) 共同正犯の場合

【方法1】→行為を時系列的に捉えて書く。

- 1 ~の行為について
甲乙を一緒に論じる。

【方法2—方法1の変形】→行為を時系列的に捉えて書く。

- 1 ~の行為について
 - (1) 甲の罪責
 - (2) 乙の罪責
- 2 ~の行為について
 - (1) 甲の罪責
 - (2) 乙の罪責

【方法3】→行為者それぞれに分けて書く。

- 1 甲の罪責—メインの実行行為者
共同正犯の話はしないで、単独犯として書く。
- 2 乙の罪責
ここで、共同正犯成立とする。

(2) 単独犯，教唆犯，幫助犯の場合

人ごとに論じる。

- 1 甲の罪責
- 2 乙の罪責

(注) 正犯→共犯の流れで論じる。

<各 論>

1 刑法各論の思考方法

各論では、事実を分析して、刑法上問題となる具体的行為を指摘し、その行為について構成要件該当性を論ずる。

犯罪の構成要件をしっかりと提示して、その定義を書く。そして、問題となっている事案において、構成要件を満たすかどうか検討する。

司法試験の問題文には、必ず複数人の行為が出てくるので、当該事案における行為者及びその行為を色分けしてわかりやすくするのがよい。

各論は、構成要件の犯罪個別化機能を問われることが多い。

そして、構成要件の解釈については、保護法益・罪質から論じる。

有名な判例を素材とする問題では、その事案との違いを意識する。

事実を引用したら、必ずその事実について自分で評価を加える。

罪数処理も、点が振られているので、気を抜かず、最後までしっかり書く。

2 刑法各論の答案の書き方

(1) 構成要件の検討～通常パターン

～の行為について、～罪が成立しないか、「〇〇」（構成要件）にあたるかが問題となる、と問題提起する。

(2) 犯罪相互の関係が聞かれている場合

～の行為について、〇〇罪なのか、△△罪なのか、～が問題となる、と問題提起する（問題の所在明示型）。

↓

～について、～ゆえ、〇〇罪の成否を検討する。

↓

〇〇罪の構成要件該当性の検討へ

第2 公式資料などに見る刑法の学習指針

司法試験の出題趣旨が示す「刑法の答案の書き方」

司法試験委員の採点実感が示す「刑法の答案の書き方」

第2 公式資料などに見る刑法の学習指針

1 公式資料などに垣間見える適切な答案の書き方

(1) 答案作成の基本方針

—令和2年司法試験の採点実感（刑事系科目第1問）（赤色は辰巳法律研究所が付した。）

「2 採点方針

本問では、具体的事例について、甲の罪責や、その理論構成、一定の結論を導くために着目すべき事実を問うことにより、**刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解、事実関係を的確に分析・評価し、具体的事実に法規範を適用する能力、対立する複数の立場から論点を検討する能力、結論の妥当性や、その導出過程の論理性、論述力等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。

いずれの設問の論述においても、各設問の内容に応じ、各事例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、問題文に現れた事実を具体的に摘示しつつ法規範に当てはめて妥当な結論や理論構成を導くこと、さらには、それらの結論や理論構成を導く法的思考過程が論理性を保って整理されたものであることが求められる。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争いが生じ得る事項など法的に重要な事項については手厚く論じ、そうでない事項については簡潔に済ませるなど、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。…**」

(2) ①及び②の双方に言及した上での罪責検討型（見解型、令和2年司法試験論文式試験刑事系科目第1問設問1など）

—令和2年司法試験の採点実感（刑事系科目第1問）（赤色は辰巳法律研究所が付した。）

「2 採点方針

…

出題の趣旨でも示したように、**設問1では、事例1における甲の罪責について、甲に成立する1項恐喝罪又は2項恐喝罪いずれかの被害額が、①600万円になるとの立場及び②100万円になるとの立場双方からの説明に言及しつつ、最終的に自説としてどのような構成でいかなる結論を採るのかを根拠とともに論じる必要があった。**したがって、上記①及び②を小問形式と捉えて、それぞれの理論構成を別個に示したにとどまり、いかなる結論がいかなる理由で妥当であるのか、自説を論じていない答案は、低い評価にとどまった。

①及び②への言及においては、出題の趣旨で記載した各立場からの説明が考えられるが、これを客観的構成要件要素に関する法解釈上の問題と位置付け、恐喝罪の保護法益の内容や同罪における『財産上の損害』の要否及びその内容に関する各見解を踏まえ、論理性を保って論述することができている答案は、高い評価であった。他方で、①及び②への言及で上記各見解に一切触れず、専ら違法性阻却の観点から、すなわち、犯行態様等の違法性阻却の判断要素に関わる事実関係の評価を変えることにより、違法性が阻却されない場合を①の立場、500万円の交付については違法性が阻却される場合を②の立場として説明するのみの答案は、低い評価にとどまった。」

(3) 単純な罪責検討型（平成29年司法試験論文式試験刑事系科目第1問，令和2年予備試験論文式試験刑法など）

—平成29年司法試験の採点実感（刑事系科目第1問）（赤色は辰巳法律研究所が付した。）

「2 採点方針

本問では，比較的長文の具体的事例に基づき甲及び乙の罪責を問うことにより，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，具体的事実に法規範を適用する能力，結論の妥当性，その結論に至るまでの法的思考過程の論理性，論述力等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，(1)甲が，Aから，B信販会社が発行したA名義のクレジットカード（以下『本件クレジットカード』という。）を，腕時計Xを購入するただけに利用することを条件として借りたところ，その条件に反することを認識しつつ，時計店店主Cに対し，腕時計Xと腕時計Yの購入を申し込み，本件クレジットカードを手渡した上，売上票用紙にAの名前を記入して手渡し，腕時計Xと腕時計Yを購入したこと，(2)甲と乙が，Aが甲の顔面を殴ろうとしてきたのを防ぐため，正面からAに体当たりし，路上に仰向けに倒れているAを押さえ付けるなどし，更に乙が右手に持った石でAの顔面を1発殴り，Aに全治約1か月間を要する鼻骨骨折の傷害を負わせたこと，(3)甲と乙が，失神したAの様子を見てAが死亡したと思い，Aが強盗に襲われて死んだように見せ掛けようと考え，Aのズボンのポケットから財布1個を持ち去ったことなどを内容とする事例について，甲及び乙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，問題文に現れた事実を具体的に指摘しつつ法規範に当てはめて妥当な結論を導くこと，さらには，甲及び乙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。

そして，甲及び乙の罪責を検討するに当たっては，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検討し，問題文に現れた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。

さらに，本問は，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，全体のバランスが取れるように工夫して答案を構成し，最後まで書き切ることが求められていた。」

(4) 刑法学習の指針

—令和2年司法試験の採点実感（刑事系科目第1問）（赤色は辰巳法律研究所が付した。）

「4 法科大学院教育に求めるもの

刑法の学習においては，刑法の基本概念の理解を前提に，論点の所在を把握するとともに，各論点の位置付けや相互の関連性を十分に整理し，犯罪論の体系的処理の手法を身に付けることが重要である。

一般的に重要と考えられる論点を学習するに当たっては，一つの見解のみならず，他の主要な見解についても，その根拠や難点等に踏み込んで理解することが要請される。論点をそのように多面的に考察することなどを通じて，当該論点の理解を一層深

めることが望まれる。また、刑法各論の分野においても、各罪を独立して学習するだけでなく、例えば、財産犯であれば、財産犯全体に共通する総論的、横断的事項を意識し、また、犯罪類型ごとの区別の基準を重視した学習が望まれる。

さらに、これまでも繰り返し指摘しているところであるが、判例を学習する際には、結論のみならず、当該判例の前提となっている具体的事実を意識し、結論に至るまでの理論構成を理解した上で、その判例が述べる規範の体系上の位置付けや、それが妥当する範囲や理論構成上の課題について検討し理解することが必要である。

例年、取り上げるべき論点の把握が不十分なまま、論証パターンを無自覚に記述するため、取り上げなくてよい点についてまで長々と論じる答案が目につく。事案の全体像を俯瞰して、事案に応じて必要な点について過不足なく論じるための法的思考能力を身に付けることが肝要である。

このような観点から、法科大学院教育においては、まずは刑法の基本的知識及び体系的理解の修得に力点を置いた上、刑法上の諸論点に関する問題意識（なぜ問題となるのか）を喚起しつつ、その理解を深めさせ、さらに、判例の学習等を通じ具体的事案の検討を行うなどして、正解思考に陥らずに幅広く妥当な結論やそれを支える理論構成を導き出す能力を涵養するよう、より一層努めていただきたい。」

(5) 橋爪 隆教授（令和3年司法試験及び予備試験考査委員（出題委員）の解説

令和2年・同3年司法試験及び予備試験考査委員（出題委員）である橋爪隆東京大学大学院法学政治学研究科教授（以下「橋爪教授」と表記する。）は、法学教室462号（2019年3月号）P.24～30（以下、引用の際には頁数のみ明記する。）において「特集 法学の学び方を振り返る 第1部 書く力・学ぶ力をブラッシュアップするⅢ 刑法」で、学部の定期試験のように、抽象化された比較的簡潔な事例に関する検討を要する試験の事例問題を主たる素材として、刑法の「学び方」や「書き方」について解説されています。これは、司法試験及び予備試験の受験生が論文答案を作成するに際して極めて有用な文献と思われるため、引用しつつ紹介致します。

・構成要件の理解

まず、橋爪教授は、以下のように構成要件の理解の重要性を強調される。

「刑法の事例問題では、一定の事実関係を前提として、登場人物にいかなる犯罪が成立するか（あるいは、しないか）を検討することが要求される。したがって、そもそもいかなる構成要件について検討するかがきわめて重要である。…特に刑法各論の学修では、個別の犯罪類型のイメージを明確に持ちつつ、構成要件の内容をきちんと理解することが重要である。また、構成要件の意義を確認する趣旨で、類似した犯罪相互の区別が問われることも多い」（P.24～5）とされる。

その上で、最決昭和43・12・11刑集22巻13号1469頁の事実関係を若干修正した事例1（P.25）を示して、以下のように述べられる。

「事例1の解決においては、2つの点が重要である。第1に、強盗罪と恐喝罪の区別の基準として、『反抗を抑圧するに足る程度』という基準を理解していることである。第2に、『反抗を抑圧するに足る程度』という基準を理解した上で、これを事例1に適切にあてはめることである。第1の点は、強盗罪・恐喝罪の構成要件の内容をきちんと勉強しているか否かに尽きるが、第2の点は案外難しい」（P.25）としつつ、一般的な理解（結論）への過程を具体的に示される。

そして、「このような理解に至るためには、『反抗抑圧に足る』という基準を抽象的に覚えているだけでは不十分であり、具体的な事例に適用することを想定した学修が不可欠である。

そのためには判例教材に収録されている判例・裁判例の事実関係などを確認しておくことが有益だろう。少なくとも、両罪の限界を具体例に即して、自分なりにイメージする癖を日頃から付けておくだけでも、かなり違ってくると思う。」(P. 25)と述べられる。

・典型的な事実関係の分析

次に、橋爪教授は、事例2 (P. 26)を示され、「事例2は典型的な正当防衛の事例である。Xは傷害罪(204条)の構成要件に該当するが、正当防衛(36条1項)として違法性が阻却され、不可罰となる。この結論にたどり着くことは、それほど難しいことではないが、結論に至る思考プロセスをきちんと書くことは、それなりに大変である」とされる。

その上で、まず、構成要件該当性の検討、「次に正当防衛の成否である。当然のことであるが、36条1項の要件に即して、正当防衛の成否を具体的に検討する必要がある」(P. 26)とされる。

そして、正当防衛の成否に関し、「ここでも、具体的な事実関係を正当防衛の成立要件に収斂させる作業が要求されており、その際には、判断基準を具体的事実にあてはめる作業が重要である」と指摘される(P. 26)。

なお、事例2の行為者には正当防衛が成立して不可罰になるのだから、構成要件該当性について検討する必要はないと思われる方に対して、「論文試験では、結論だけでなく、思考プロセスの妥当性も確認することが予定されている。構成要件該当行為(=処罰の対象となる行為)を特定した上で、当該行為の違法性または責任を阻却できるかを検討するのが刑法の一般的なモデルである以上、それを踏まえた検討を示すべきだろう」(P. 26)と指摘される。

・少しひねった事例の考え方

さらに、橋爪教授は、事例3 (P. 27)を示され、(事例3は)「いうまでもなく自招侵害をめぐる問題であり、最決平成20・5・20(刑集62巻6号1786頁)が一定の判断を示したところである。もちろん判例の立場を常に支持する必要はないし、判例を批判して異なる立場から論じて構わないと思う。しかし、判例が重要な論点について一定の判断を示している場合には、賛否いずれの立場であっても、それを意識した検討が不可欠だろう」(P. 27)と述べた上で、前掲平成20年判例の射程をも踏まえて具体的に検討される。

そして、「かりに判例の事案と全く同じ事実関係が問われていれば、判例を前提として結論を導くことができる。これに対して、判例の事案を微妙に修正した事例を解決する場合には、その修正が刑法解釈上、どのような意味を持つかを考えた上で、判例の趣旨が本件事例にも及ぶかを自分なりに検討することが必要となる」(P. 27)と指摘される。続けて、「これに対して、判例に批判的な立場から事案を検討する場合には、①判例の立場を示した上で、②それを支持できない理由を述べつつ、自らの立場を結論付けて、それに基づいて具体的な事例を解決することになるだろう」(P. 27注8)と指摘される。

さらに、事例3に続けて「被害者の特殊事情によって死亡結果が生じた」という事実が追加された事例4 (P. 27)を示され、「このように典型的な事例に、特殊な事例が付け加わって、事例が少しずつ複雑になっていく。まずは基本的な事例の処理を確実にできるようにした上で、それに付け加わった特殊な事情が刑法理論上、どのような意味を持つのかを正確に理解できることが、事例問題を解決するために不可欠の能力だといえる」(P. 28)と指摘される。

2 基本書の精読の勧め

上記の公式資料などから、刑法においても、標準的な基本書等を精読することで対応可能と思われる。そこで本教材では、下記の4つの基本書の該当頁を各事例に付す。受講生の学習の便宜となれば幸いである。

- ・大塚裕史・十河太郎・塩谷毅・豊田兼彦『基本刑法Ⅰ 総論』（日本評論社，第3版，2019）（以下「基本刑法Ⅰ」という。）
- ・同『基本刑法Ⅱ 各論』（日本評論社，第2版，2018）（以下「基本刑法Ⅱ」という。）
上記2冊は、司法試験及び予備試験の受験生が一番使用している基本書といわれる。事例も踏まえて極めて分かりやすく説明されている。執筆者代表の大塚裕史教授には、辰巳法律研究所で何度かご講演頂いたことがある。また、著者の一人である十河太郎教授は、令和3年司法試験及び予備試験考査委員（出題委員）である。
- ・橋爪 隆『刑法総論の悩みどころ』（有斐閣，2020）（以下「橋爪総論」という。）
上記の橋爪教授の書。「刑法総論の理解が困難なポイント（＝悩みどころ）について、理論状況等を整理して一定の道筋を示す。」（有斐閣HP書籍紹介）。ただし、内容が若干高度なので、しっかりと基礎知識を固めてから精読されるとよい。
- ・西田典之『刑法各論』（弘文堂，第7版・橋爪隆補訂，2018）（以下「西田各論」という。）
刑法各論の代表的な基本書で、旧司法試験時代から受験生の高い評価を得ている故・西田典之先生の書。著者の逝去後に上記の橋爪教授により補訂され、法改正は最新判例にも対応している。

【MEMO】

問題演習

1 不作為による殺人，異なる犯罪についての共同正犯の成否

最決平17・7・4（百選1-6事件）

【事案】

甲は、手の平で患者をたたいて患部を治すという「シャクティ治療」を行っていた。Aは、甲の信奉者であったが、脳内出血で倒れて入院し、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ていた。Aの息子乙は、やはり甲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甲に依頼した。

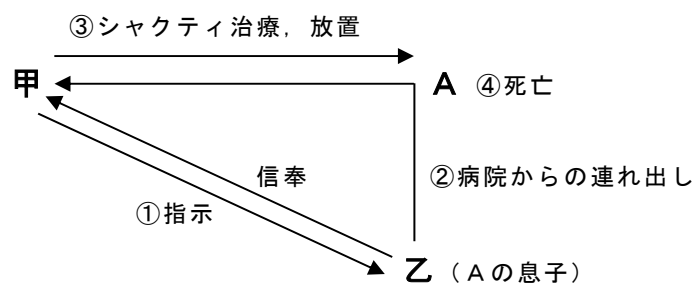
甲は、Aのような重篤な患者にシャクティ治療をしたことはなかったが、乙の依頼を受け、甲自身が滞在中のホテルでシャクティ治療を行うこととした。そして、Aを退院させることは無理とする主治医の警告や、主治医の許可を得てからAを甲の下に運ぼうとする乙ら家族の意図を知りながら、甲は、「点滴治療は危険である。今日、明日が山場である。明日中にAを連れてくるように。」等と乙らに指示して、なお点滴等の医療措置が必要な状態にあるAを入院中の病院から運び出させ、Aを窒息等による致死の危険が極めて高い状態に陥れた。

甲は、ホテルに運び込まれたAの容態を見て、そのままではAが死亡する危険があることを認識したが、甲自身の指示の誤りが露呈することを避ける必要等から、シャクティ治療をAに施すにとどまり、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。

【設問】

甲の罪責を論ぜよ。

【図解】



【論点】

- 1 不真正不作為犯の実行行為性（趣規P.12～3）
- 2 異なる犯罪についての共同正犯の成否（趣規P.64～5）

【本問選定理由】

不作為犯は刑法総論の前半部分の重要論点である。司法試験論文式試験の頻出論点でもあり、近年では平成30年に正面から問われている。今回は、判例理論を踏まえてこの重要論点の知識・理解を深めて頂きたい、選定した。

- ・ 基本刑法Ⅰ P.79～90, 377～384, 橋爪総論P.58～77, 西田各論P.33～4参照

答案構成

- 1 1 問題提起
2 甲がAを放置して死亡させた行為に、殺人罪（199条）は成立するか。
3
4 2 不真正不作為犯の実行行為性
5 (1) 論点の問題提起
6 Aを放置した行為は、医療措置を受けさせることという期待された
7 作為をしない不作為である。そして、殺人罪は、不作為が明示的に構
8 成要件要素として規定されていない。そこで、いわゆる不真正不作為
9 犯の実行行為性が問題となる。
- 10 (2) 規範定立
11 **<実行行為とは、当該構成要件の予定する法益侵害惹起の直接的・**
12 **現実的危険性を含む行為である。**
13 **↓そうすると**
14 **① 作為義務**
15 **作為可能性・容易性**
16 **のある者の不作為であれば、規範的にみて、法益侵害惹起の直接的・**
17 **現実的危険性を含むから、実行行為性を認めることができる。>**
18
19 (3) あてはめ
20 **ア ①作為義務**
21 **自己の責めに帰すべき事由により、Aを致死の危険が極めて高い**
22 **状態に陥れており、Aの生命に具体的な危険を生じさせた。**
23 **<という先行行為>**
24 **↓その上**
25 **Aが運び込まれたホテルにおいて、甲を信奉するAの親族から、**
26 **重篤な患者であるAに対する手当てを全面的にゆだねられた立場**
27 **にあった。**
28 **<という引受行為>**
29 **↓よって**
30 **<作為義務あり>**
31 **イ ②作為可能性・容易性**
32 **<医療措置を受けさせることは、乙らの協力を得るなら、可能か**
33 **つ容易であった。>**
34 **ウ あてはめの結論**
35 **よって、不作為による殺人罪<の実行行為性あり>**
36 (4) 論点以外の要件
37 **ア 因果関係**
38 **<Aは、脳内出血で倒れて入院したが、生命に危険はなかった。**
39 **↓**

規範の定立。要件を示す。

問題文の事実を評価して
あてはめを充実させる。

40 甲がAに医療措置を受けさせることをしていれば**十中八九救命**
41 **が可能**であったといえる。

42 ↓
43 因果関係あり>

44 イ 故意（38条1項本文）

45 <甲は、ホテルに運び込まれたAの容態を見て、そのままではA
46 が死亡する危険があることを認識したが、甲自身の指示の誤りが露
47 呈することを避ける必要等から、シャクティ治療をAに施すにとど
48 まり、Aの生命維持に必要な医療措置を受けさせなかった。

49 ↓
50 甲は、犯罪事実を実現可能なものと認識し、認容しているといえ
51 る。>

52 ↓
53 未必的な殺意あり

54 (5) 結論

55 よって、甲に殺人罪（199条）が成立する。

56

57 3 異なる犯罪についての共同正犯の成否— 犯罪共同説と行為共同説

58 (1) 論点の問題提起

59 次に、殺意がない乙には保護責任者遺棄致死罪（219条）が成立す
60 ると考えられるが、乙と同罪の限度で共同正犯（60条）となるか。共
61 同者の故意の内容が異なる場合、共同正犯が成立するか。いわゆる犯
62 罪共同説と行為共同説との対立が問題となる。

63 (2) 規範定立

64 <共同正犯は犯罪を共同にするものではあるが、重なり合う軽い罪
65 の故意の限度で意思の連絡を認めることができ、その限度で共同実行
66 の事実も認めることができるから、異なる犯罪についても重なり合う
67 限度で共同正犯の成立を肯定する（部分的犯罪共同説）。重なり合い
68 の限度は、保護法益及び行為態様で判断する。>

69 (3) あてはめ

70 <殺人罪と保護責任者遺棄致死罪は保護責任者遺棄致死罪の限度
71 で重なり合う。>

72 ↓
73 殺意がない乙との間では、保護責任者遺棄致死罪（219条）の限度
74 で共同正犯（60条）が成立する。

75 以上

76

77 【コメント】

78 「不真正不作為犯の実行行為性」の規範の定立は、実行行為の意義から
79 論証するのが一般的である。

80 作為義務の発生根拠について、本判例は先行行為と引受行為とから認め

規範の定立

81 ていると理解されている。

82 「異なる犯罪についての共同正犯の成否」に関しては、本判例がいずれ
83 を採用したかについて学説の見方は分かれるが、部分的犯罪共同説との見
84 方が多数である。もっとも、部分的犯罪共同説を採用すると、甲に殺人罪
85 の単独正犯と保護責任者遺棄致死罪の共同正犯が成立すると考えられる
86 ことから、死の二重評価の問題等が生じる。そこで、本試験の戦術として
87 は、行為共同説を採用して、端的に、甲に殺人罪の共同正犯、乙に保護責
88 任者遺棄致死罪の共同正犯が成立するとするの一案である。

【MEMO】

2 正当防衛における侵害の急迫性

最決昭52・7・21

【事案】

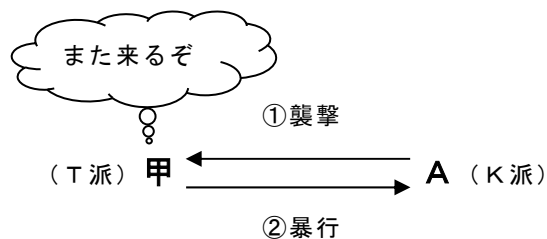
学生運動団体T派に属する甲らは、対立するK派の糾弾を重要な目的の1つとして掲げた政治集会を企画し、F教育会館において、白ヘルメット数個、木刀1本、ホッケースティック5本、鋏の柄4本、鉄パイプ10本位を用意する等して、会場の準備をしていたところ、K派所属の者の襲撃を受けたが、一度はこれを退けた。

K派所属の者が再び襲撃してくることは必至と考えた甲らが、ホール入口にバリケードを築いていると、K派所属の者10数名が再び押しかけてきて、鉄パイプを投げ込む等してきたため、甲らは、バリケード越しに鉄パイプを投げたり、鉄棒で突き返す等の暴行を加え応戦した。その際、甲は、逃げるK派のAを見るや、仲間とともに、木刀及び鉄パイプで、Aの頭部等を乱打する暴行を加えた。

【設問】

甲の罪責を論ぜよ。

【図解】



【論点】

積極的加害意思と侵害の急迫性（趣規P.40）

【本問選定理由】

正当防衛は、刑法総論の最重要テーマの1つといえ、新旧司法試験及び予備試験論文式試験において何度も問われている。とりわけ、この積極的加害意思と侵害の急迫性の論点に関しては、判例理論と学説が錯綜しており、予めこれらを整理して自説を確立する必要があることから、選定した。

・基本刑法ⅠP.171～190，橋爪総論P.78～91参照