

論文式試験問題集  
[刑法 I]

## [刑法 I]

事例を読み、甲及び乙の罪責を論じなさい（特別法違反の点を除く）。

### 【事例】

- 1 甲（38歳、女性）は、自らの浪費癖で多額の借金を抱えていた。甲には夫Vがいるが、結婚後のVとの関係は悪かった。Vは生命保険に加入しており、普通に死亡した場合よりも事故等の災害死亡の方が、より高額の保険金が下りることになっていた。そして、保険金の受取人は甲となっていた。
- 2 甲は、普段からVと上手くいっておらず、Vをうっとおしく思っていたことや、自身の借金が高額となってしまったことから、Vを事故死に見せかけて殺害することを考えるようになった。甲は、以前に仕事で知り合った乙（45歳、男性）にV殺害の話を持ち掛けた。  
甲と乙は、Vの殺害方法について、Vが夜、Vの普通乗用自動車（以下、「V車」という。）で帰宅するところを、乙の普通乗用自動車（以下、「乙車」という。）で衝突し、示談交渉を装ってVを乙車に乗せ、Vをなんらかの方法で眠らせ、VをV車に乗せて埠頭からV車ごと落下させることを計画した。Vを眠らせる方法は、乙が所持していたクロロホルムを用いることとした。  
甲と乙は、甲がVの殺害の実行犯としては関与できないことから、上記計画を実行するには最低もう一人必要と考え、乙の後輩であるXを計画に誘った。Xも計画に加わることを了承した。そして、甲、乙及びXの間で、乙車を乙が運転してV車に衝突し、Vを示談交渉と装って乙車の助手席に乗せること、Vが助手席に来たら乙がVにクロロホルムを吸引させてVを眠らせること、Xはその間は乙車の後部座席で待機しており、乙が上手くVを眠らせたなら、V車を運転して乙車についていき、目的の埠頭まで運転すること、崖に到着したらVをV車に移してV車ごと崖から落下させることを計画し、Vを溺死と見せかけて殺害することの共謀を遂げた。  
この計画では、Vを眠らせる予定の場所から目的の埠頭までは、距離で2キロメートルほどであり、自動車では3、4分の場所であった。また、Vを眠らせることができれば、その後は人も少ない場所でもあることから、特に埠頭からV車ごと落下させることに障害となるような事情もなかった。
- 3 甲、乙及びXは、連絡を取り合い、計画を実行する日を決め、計画を実行に移した。当日の夜は、乙は、Xを後部座席に乗せ、V車に衝突予定の場所の近くで乙車で待機していた。そして、V車が通りかかるのを認めると、V車の後を走行していき、V車の後部に乙車を衝突させた。Vは、突然衝突されたことに驚き、V車を路肩に停めた。それに従うように、乙も乙車をV車のすぐ近くに止めた。その後は、計画通り、乙がVのもとに行き、謝罪をしてVに示談交渉を持ち掛けた。Vは、乙が謝罪をして示談の交渉をしてきたことから、話を聞いても良いと思い、乙に言われたとおり乙車の助手席に乗り込んだ。Vが乙車の助手席に乗るのを見ると、乙もすぐに乙車の運転席に乗り、後部座席からメモ帳を取るふりをして、クロロホルムを染み込ませたタオルを手にとった。そのまま乙は、クロロホルムを染み込ませたタオルをVの口から鼻にかけてあてた。乙は、失敗してはいけないと思い、少し強くタオルを押し付け、Vが気絶するまで押し付けていた。乙とXは、Vが気絶したことを確認すると、2人で協力してVを後部座席に移した。その後は、乙は、そのまま乙車を運転して計画どおりに埠頭に向かい、XはV車を運転して乙車の後について行った。埠頭に到着したあとは、乙とXで協力して、VをV車の運転席に乗せ、2人でV車を押して海に落下させた。
- 4 のちにVの死体が発見され、Vの死因は溺死ではなく、クロロホルムの多量の吸引によるショック死であることが判明した。甲、乙及びXは、クロロホルムを吸引させて眠らせることを目的としており、クロロホルムを吸引させることによって、Vを殺害する意図はなかった。なお、クロロホルムを吸引させる行為は客観的に人の死亡結果を発生させる危険性を有する行為である。

5 Vが加入していたA保険会社（以下、「A」という。）には、Vの死体の解剖の結果から、Vは災害死ではなく、クロロホルムを吸引させられたことにより殺害されたものであるとの報告が入った。そこで、Aでは、Vの生命保険の受取人である甲から保険金の請求がされても、一切応じることなく、請求が来たら会社に報告するように周知指導していた。

甲と乙は、AにVが災害死ではないとの報告がされていることを知らなかった。そして、甲は、Vが死亡したことから、Aに電話をし、Vが災害死であると偽って、Vの生命保険金の請求を行った。しかし、Aの担当者は、Aの指示に従い、保険金の支払いには応じなかった。

2020年1月5日

担当：弁護士 森田悟志

参考答案  
[刑法 I]

## 第1 Vに対する行為について

### 1 乙の罪責

乙は、Vにクロロホルムを吸引させ、Vを死亡させているが、乙の行為について、殺人罪(刑法199条)が成立しないか検討する。

(1) 乙のクロロホルムを吸引させる行為(以下「第1行為」という。)によりVがショック死しているのに、死亡結果が発生し、第1行為と結果との因果関係も認められる。もともと、乙は、VをV車ごと海に落下させ事故死に見せかけるために第1行為を行っており、第1行為の行為時にはVを眠らせる意図しか有していなかった。そうすると、殺人罪の故意が認められず、殺人罪が成立しないとも考えられる(38条2項)。しかし、乙は、埠頭までVを運び、V車ごとVを海に落下させる行為(以下「第2行為」という。)を行い、Vを殺害しようとの意思も有していた。

(2) 仮に第1行為が殺人罪の「実行の着手」(43条)に当たるのであれば、乙は、第1行為及び第2行為の一連の実行行為によってVを殺害する意図を有していたのであるから、乙の殺人の故意を認めることができる。実行行為のどの行為から死亡結果が生じたかは因果関係の錯誤の問題にすぎないからである。

(3) では、第1行為が実行の着手に該当するか。

ア ここで、実行の着手の判断基準であるが、未遂犯の処罰根拠は構成要件の結果発生の現実的危険性を生じさせた点にある。かかる現実的危険性は構成要件該当行為そのものに限定されな

いが、既遂に至る客観的危険性が必要である。なお、行為者の主観によっても行為の危険性は異なるので、判断の際には行為者の計画等の主観も考慮するものと解する。また、43条の文言から、構成要件該当行為との密接性も必要であると解する。この危険性、密接性の判断の際には、第1行為が第2行為を行うために必要不可欠なものか、第1行為に成功した場合、その後の行為を遂行する上で障害となるような特段の事情があるか、第1行為と第2行為の接着性などの諸事情を考慮する。

イ 本件においては、これらの計画からすれば、第1行為によりVを眠らせることは、第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠な行為であると認められ、第1行為によってVを気絶させてしまえば、その後第2行為を行うまでに障害となるような特段の事情は存在しなかった。また、第1行為と第2行為の場所は約2キロメートルほどであり、時間も3、4分であるので、時間的場所的に近接している。したがって、本件の事情からすれば、第1行為は、構成要件該当行為である第2行為との密接性が認められ、第2行為に至る危険性も認められるので、殺人の実行に着手したものと見え、実行行為に該当する。

(4) 乙は、第1行為からVの死亡結果が生じるとは考えていなかったもので、因果関係に錯誤があることになる。

ここで、故意責任の本質は、規範に直面しながら行為に及んだ反規範的人格態度に対する非難にある。そして、行為者の認識が

同一の構成要件内で符合している場合は、規範に直面したといえるので、かかる非難が妥当する。

本件では、乙らの認識である第2行為から死亡結果が生じることも、第1行為から死亡結果が生じることも、いずれも相当因果関係があるといえ、構成要件内で符号するといえる。したがって、乙に因果関係の錯誤があっても、故意は阻却されない。

(5) よって、乙の行為には殺人罪が成立する。そして、後述のとおり、甲と共同正犯(60条)となる。

## 2 甲の罪責

甲は、乙及びXとともにVを殺害する計画をし、V殺害の共謀をしている。

(1) ここで、共同正犯が一部実行全部責任を負う根拠は、相互利用補充関係により結果の発生に因果性を与える点にある。そして、実行行為そのものを行っていない者でも、他の共犯者と共謀し、相互利用補充関係が認められる場合は、共同正犯が成立するものと解する。60条の文言からも、「二人以上共同して」その中の一部の者が「犯罪を実行」したと読むことが可能である。

(2) 本件では、甲は、乙と共謀しているもので、殺人罪の共同正犯の罪責を負う。

## 第2 A 保険会社への行為について

### 1 甲の罪責について

甲は、Aに対して、Vが災害死であると偽って保険金の請求をし

ている。かかる甲の行為は詐欺の未遂罪(250条、246条)に当たるとも思える。しかし、Aは事前にVの死因についての報告を受けていたことから、甲の請求には一切応じないよう周知指導していた。そうすると、甲の行為は、およそ結果発生の可能性がなく、不能犯として不可罰とされないか。

(1) この点、不能犯と未遂犯の判断については、前述の未遂犯の処罰根拠や構成要件が一般人に向けられた行為規範であることから、行為時を基準として、一般人が認識し得た事情及び行為者が認識していた事情を基礎として判断するものと解する。

(2) 本件では、行為時において、AがVの保険金請求に応じる意向がないことは、一般人は認識できず、甲も認識していなかった。そのような状況で甲がAに保険金を請求すれば、Aが請求に応じ、結果が発生する危険性が認められる。したがって、甲の行為には詐欺罪の未遂罪が成立する。

## 2 乙の罪責

乙についても、甲と詐欺の未遂罪の共同正犯が成立する。

## 第3 罪数

甲及び乙は、殺人罪及び詐欺の未遂罪の罪責を負い、これらは併合罪(45条前段)となる。

以上

2020年1月5日

担当：弁護士 森田悟志

# 予備試験答案練習会(刑法Ⅰ)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
<b>〔Vへの行為について〕</b>	<b>(28)</b>		
第1行為が殺人罪の客観的構成要件を満たすこと		4	
第1行為の時点では故意がなく殺人罪が成立しないことの指摘 刑法38条2項も指摘しているか		3	
実行の着手についての規範定立 ・未遂犯の処罰根拠 ・行為者の主観を考慮するか否か ・考慮要素 ・43条の文言 などを踏まえて論証できているか		6	
実行の着手の検討 ・第1行為の必要性等の意義 ・第1行為終了後に障害となるような事情がないこと ・時間的場所的近接性 などの事情を踏まえて検討できているか		5	
因果関係の錯誤 (因果関係が故意の対象ではないとした場合は、それでもよい)		5	
共謀共同正犯の成立についての論証		5	
<b>〔Aへの行為について〕</b>	<b>(12)</b>		
不能犯の可能性の指摘		3	
不能犯の判断基準の定立		4	
不能犯の検討		3	
併合罪となること		2	
<b>裁量点</b>	<b>(10)</b>	<b>10</b>	
<b>合計</b>	<b>(50)</b>	<b>50</b>	



# 刑法 I 解説レジュメ

## 第 1. 総論

本問は、実行の着手について示した判例として有名な最高裁判例を素材とした。予備試験でも実行の着手について聞かれた年もあり、重要な点であるので、しっかりと考え方を身に付けてもらいたい。問題自体は有名な判例を素材としているので、結論はすぐに分かったかもしれないが、ちゃんと論理的に整理しながら論述するのは、なかなか難しく、理解しきれていない方も多いのではないかと思います、本問を出題した。

## 第 2. Vの殺害行為について

### 1 問題の所在

本問では、甲、乙及びXの間で、Vを事故死に見せかけて殺害するための計画を立てて、V殺害の共謀をしている。甲らの計画の内容は、要約すると、Vにクロロホルムを吸引させて眠らせ（第1行為）、VをV車に乗せてV車ごと海に落とすこと（第2行為）である。Vが甲らの計画どおりに殺害されたのであれば、V殺害に関してはなんら論点の出てこない問題である。

しかし、本問では、Vは甲らの計画内容では眠らせるだけのはずであった第1行為により死亡してしまった。ここで、客観的には第1行為にも人の死亡結果発生危険性のある行為なので、第1行為は殺人罪の実行行為に該当することとなる。そして、第1行為からVの死亡結果が発生しているため、結果の発生及び第1行為と結果との間の因果関係も認められる。つまり、第1行為からVが死亡した場合でも、構成要件の客観面は充足するのである。

もっとも、甲と乙（及びX）には、第1行為でVを殺害しようとの意図がなく、殺人罪の故意が認められない（甲と乙は、第1行為が人の死亡結果を発生させる危険性があることの認識がなく、仮に認識があったとしてもVの死亡結果発生を認容がない）。そうすると、甲や乙には、故意がない認められない以上、殺人罪の罪責を負わないこととなる（刑法38条2項）。そして、その後の第2行為は、Vの死体を海に落下させているので、死体遺棄罪（190条）の客観的構成要件に該当する。ただし、第2行為の時点では、今度は甲や乙は、Vを殺害する意図で行っているから、死体遺棄罪の故意がないこととなる（抽象的事実の錯誤の問題となる。）。

このように考えていくと、甲や乙は、V殺害の計画を立て、計画を実行し、結果的にVを殺害しているにもかかわらず、傷害致死罪の罪責しか負わないこととなる（抽象的事実の錯誤の立場によっては死体遺棄罪の罪責を負うという結論もあり得るが。）。第1行為によりVが死亡していなければ、その後の第2行為によりVが死亡することとなっていたのであり、この場合には、甲や乙は殺人罪の罪責を負うのである。ここが問題の所在である。

### 2 考え方

甲らの計画では、第1行為によりVを気絶させて第2行為によりVを殺害するという内容であり、第2行為が殺人罪の構成要件該当行為であることは問題なく認められるであろう。犯罪の多くは、構成要件該当行為から結果が生じるが、中には構成要件該当行為に密接に関連する準備的行為を原因として、行為者の認識していた経緯とは異なる経緯で結果が生じることもある。本問も構成要件該当行為である第2行為の準備的行為である第1行為から結果が発生してしまったという事案である。このような事案では、その準備的行為が実行行為の一部ではないか、つまり

「実行に着手」(43条)した場合に該当しないかを検討すべきである。そして、この検討にあたっては、刑法43条の解釈が問題となってくる。

なお、私は、構成要件的结果を発生させる行為(詐欺なら欺く行為そのもの)を、ここでは構成要件該当行為と表現しているが、そこを実行行為と表現し、その前提となる行為を実行行為に密接な行為と表現することもある。

### 3 未遂犯の考え方

どの時点から「実行に着手」したといえるのかについては、未遂犯の処罰根拠や行為の危険性の考え方を踏まえて検討する必要がある。

刑法は法益の保護を目的としていることからすれば、未遂犯の処罰根拠は法益侵害の危険性を生じさせた点にあるといえる。法益侵害の危険については、構成要件該当行為を行ったのであれば、法益侵害の現実的危険性が生じることは問題ないであろう。もっとも、構成要件該当行為のものではなくても、法益侵害の危険が生じることはある。もっとも、刑法の自由保障機能から、構成要件該当行為ではない行為に「実行の着手」を認める場合には、法益侵害の具体的(現実的)危険性が生じることが必要であると考ええる。未遂犯の処罰は、刑法が法益保護のために例外的に定めたものであるので、等の理由付けでも良い。

次に、法益侵害の危険性を判断する際に、どのような事情を判断の基礎としてよいかの問題がある。まず構成要件が一般人に向けた行為規範であることから、一般人が認識し得る事情は考慮すべきであるが、一般人が認識し得ない事情まで考慮すべきでない。また、行為者の主観的要素は考慮すべきでないという立場もあるが、行為は主観と客観の統合体であることから、行為者の主観も考慮すべきと考ええる。裁判例も行為者の主観を判断の基礎としている。

また、実行の着手を認めるためには、構成要件該当行為との密接性も必要である。これは、刑法43条の文言や刑法の自由保障機能から処罰範囲を適切に限定するためである。

この危険性と密接性の判断の際の観点としては、判例等を参照すると、問題となっている行為がその後の構成要件該当行為に必要な不可欠なものか、あるいは重要なものか、その後に犯行の障害となるような事情があるか、構成要件該当行為との時間的場所的な接着性、あたりの観点から考慮されている。答案を書く時もこのような観点から検討されていれば問題ないであろう。

### 4 本問における検討

本問では、第1行為は第2行為を容易かつ確実にを行うために必要不可欠であったことや、第1行為終了後に第2行為を行うまでに障害となるような事情もなかったこと、第1行為と第2行為の時間的場所的な近接性からすれば、第1行為を行った時点で第2行為に至り、既遂に至る客観的危険性が認められる。また、第1行為が第2行為を行うための前提となる重要なものであることや、2つの行為の近接性からすれば、第2行為との密接性も肯定できる。したがって、第1行為を行った時点で「実行に着手」したと見るのが相当である。

### 5 因果関係の錯誤について

第1行為に実行の着手を認めた場合は、その行為から結果が発生し、因果関係も認められるのであるから、構成要件の客観面を充足する。しかし、甲や乙が想定していた因果の経過とは異なる因果の経過により結果が発生したことになる。そうすると、故意を検討する際には因果関係の錯誤も問題となる。

この点については、故意責任の本質が、罪となるべき事実を認識しながら、つまり規範に直面しながらも、あえてその行為に出たことに対する道義的非難にあるとの考え方が一般的であり、かかる非難は行為者が認識していた事実と、実際に発生した事実が具体的に一致しなかったとし

ても、法定の構成要件の範囲内において一致していれば可能であるというのが判例の立場である。事実の錯誤も諸説あるものの、判例の立場で答案を書けば問題ないであろう。

そして、因果の経過に錯誤があったとしても、行為者の認識していた因果の経過も、実際の因果の経過も、どちらも相当因果関係が認められるものであれば、構成要件の範囲内で符号しているので、故意を認めることができる。

したがって、本問においても、因果関係に錯誤があったとしても、それにより故意が阻却されることはない。

### 第3. Aへの欺罔行為について

#### 1 問題の所在

甲は、乙と共謀してVを殺害しておきながら、Aに対してVが災害死したと偽って保険金を請求している。この甲の行為は、特別な事情がなければ詐欺罪の実行行為に着手したといえるものである。

しかし、本問では、AはVが災害死ではなく、クロロホルムを吸引させられたことにより殺害されたものであるとの報告を受けており、甲からの保険金請求に応じないよう周知指導していたという事情がある。そうすると、甲がAに保険金請求を行ったとしても、Aが応じることはなく、詐欺の結果がおよそ発生しないと考えられるので、構成要件的结果発生の危険性を有しない行為、つまり不能犯ではないかという問題が出てくる。そして、本問は、ある事情によって結果が発生し得ない相対的不能の事案であり、このような場合に不能犯として不可罰としてよいか、未遂犯として未遂罪の成立を認めるのかが問題の所在である。

#### 2 不能犯の考え方

不能犯の論点は、行為が不可罰なのか、未遂犯として処罰の対象となるのかが問題の所在であるので、未遂犯の処罰根拠から論じるべきである。未遂犯は結果が発生していないにも関わらず、処罰の対象となるのであり、その根拠は、結果発生の危険性を生じさせた点と行為規範に反した点にあると考えられる。不能犯の考え方は、学説も諸説あるが、未遂犯の処罰根拠からすれば、行為時を基準として、一般人が認識し得た事情及び行為者が認識していた事情を基礎に、一般人の基準で危険性を判断すべきと考える（具体的危険説と言われている）。判例や裁判例も、このような基準で判断しているものが多いと言われている。

#### 3 本問における検討

本問では、Aが甲の保険金請求に応じないよう周知指導していたことは、一般人にとっては知り得ない事情であり、甲や乙も当然ではあるが認識していなかった。このような事情において、甲がAに対して、Vの保険金を請求すれば、行為時の時点で一般人を基準とすれば、Aが保険金の支払いに応じてしまう危険性があると見るのが相当である。

**【参考裁判例等】**

最高裁平成16年3月22日判決（本問の素材）

仙台高裁平成15年7月8日判決（上記の控訴審）

仙台地裁平成14年5月29日判決（上記の第一審）

判例タイムズ1148号（上記判例の解説）

刑法判例百選I 総論第6版 有斐閣 西田典之他 編

以 上

2020年1月5日

担当：弁護士 森田悟志

## 最優秀答案

回答者 RK 26点

### 第1 乙の罪責

1. 乙がVにクロロホルムを吸引させ、(第1行為とする)、その後VをV車に乗せて海へ落下させた行為(第2行為とする)に、Vに対する殺人罪(刑法<以下略>199条)が成立するか。

(1) まず、本件では、乙はVを溺死させるつもりであったにもかかわらず、第1行為によりVが死亡してしまったため、第1行為と第2行為を一体のものとして第1行為の時点で殺人の実行の着手を認めることができないか。

ア この点、第1行為と第2行為の密接性と第1行為の必要性を認めることができれば、第1行為は第2行為に密接し、一連の行為といえるから、第1行為の時点で実行の着手を認めることができると考える。

イ 本件で、甲と乙の犯行計画によると、VをV車に乗せて埠頭から落下させる計画であった。そのため、落下時にVが抵抗しないよう、気絶させることが必要であり、クロロホルムを吸引させることは、Vの気絶のために必要であった。また、Vを眠らせる予定の場所から目的の埠頭までは2キロメートル、自動車で3、4分の場所であった。そのため、第1行為と、第2行為の時間的場所的近接性も認められる。さらに、Vを眠らせることができれば、その後は人も少ない場所であるため、第1行為と第2行為の間に特段の傷害となるような事情もなかったといえる。

ウ 以上より、Vにクロロホルムを吸引させるという第1行為は、VをV車に乗せて海へ落下させるという第2行為のために必要不可欠なものであるといえ、第1行為と第2行為の密接性、必要性が認められる。

また、クロロホルムを吸引させる行為は客観的に人の死亡結果を発生させる危険性を有する行為であった。

エ そのため、第1行為の時点で殺人の実行に着手したといえ、実行行為があったといえる。

(2) そして、Vは多量のクロロホルムの吸引によりショック死しているから、結果発生および因果関係も認められる。

(3) では、故意(38条1項)は認められるか。乙にはクロロホルムを吸引させる時点で殺害の目的がなかったため問題となる。

ア この点、故意責任の本質は規範に直面し反対動機が形成可能であるにもかかわらずあえて行為に出たことに対する道義的非難にある。そして、因果関係の錯誤については、法的因果関係が認められる以上、反対動機が形成可能のため、重要な錯誤といえず、故意を阻却しないと考える。

イ 本件で第1行為とV死亡の法的因果関係は認められている。とすると、乙の故意阻却はなく、殺人の故意が認められる。

(4) 以上より、乙にVに対する殺人罪が成立し、後述するように甲を共同正犯(60条)となる。

## 第2 甲の罪責

1. 乙がVにクロロホルムを吸引させ、その後VをV車に乗せて海へ落下させた行為について甲にVに対する殺人罪の共謀共同正犯が成立するか。

(1) 共同正犯の処罰根拠は、相互利用補充意思の下、結果に対して物理的、心理的因果性を惹起した点にある。そのため、実行行為を行っていない共謀共同正犯の場合でも、①共謀 ②重大な寄与 ③共犯者の一部の者による実行行為があれば、処罰根拠が妥当し、「共同して」といえるため、共同正犯として処罰すると解する。

(2) ①本件で甲は乙とVの殺害方法について計画していることから、甲には殺人についての正犯意思、乙との意思連絡が認められ、共謀したといえる。

②V殺害について甲が乙に持ち掛けていること、事故死に見せかけるために乙と綿密に計画していることから、重大な寄与もあったといえる。

③前述のように乙のVに対する殺人の実行行為が行われており、共犯者の一部の者による実行行為も認められる。

(3) したがって、甲は乙と「共同して」Vを殺害したといえ、共謀共同正犯が成立する。

(4) なお、甲もクロロホルム吸引の時点で、V殺害の目的はなかったため、故意が阻却されとも思えるが、乙と同様に考え、因果関係の錯誤に過ぎないから、故意は阻却されない。

(5) よって、甲にVに対する殺人罪の共謀共同正犯が成立する。

2. 甲がA社に対して、Vの生命保険金の請求をした行為について、Aに対する詐欺未遂罪（246条1項，43条本文）が成立するか。

(1) 甲は詐欺の「実行に着手」したといえるか。本件でA社では、甲から保険金の請求がされても一切応じることなく、会社に報告するよう周知指導していたため、不能犯にならないか問題となる。

ア この点、「実行に着手」したといえるためには、結果発生の実現的危険を有する行為がされたかで判断する。そして行為が主観と客観の統合であるため、危険が認められるかどうかは、行為者が特に認識していた事情と一般人が認識しえた事情をもとに判断し、危険が認められない場合は不能犯として犯罪は成立しないと考える。

イ 本件で甲はAにVが災害死ではないとの報告がされていることを知らなかった。しかし、A社では、Vが災害死ではないことを知っており、甲からの保険金請求には応じず会社に報告するよう周知指導がされていた。そのため、一般人としては詐欺の被害にあわないことは認識しえたといえ、危険は認められない。

ウ したがって、詐欺罪の結果発生の実現的危険性を有する行為がされたとはいえず、甲は「実行に着手」したとはいえない。

(2) よって、甲のAに対する詐欺未遂罪は成立しない。

### 第3 罪数

乙にはVに対する殺人罪の共同正犯が成立し、その罪責を負う。

甲にもVに対する殺人罪の共謀共同正犯が成立し、その罪責を負う。

以上

# 採点講評

(2020年1月5日 刑法I)

## 第1 全体的な感想

- ・ 答案用紙の左右の余白が明け過ぎと思われるものがいくつかあった。
- ・ 規範・要件の定立の際に、理由や根拠を記載せずに、「～と解する」と書いている答案があったが、定義を記載している場合と異なり、解釈をする以上はそのように解釈した理由を書くことは必須であると思料する。論文試験は答案用紙の記載のみで判断されてしまうため、答案用紙への記載から、なぜそのように考えたのかを伝えなければならないことを意識して欲しい。
- ・ 条文を記載していない答案もあったが、条文は記載すること。
- ・ 事案がやや変わったものであったせいか、答案ではなにを論じているか分からなくなっている混乱しているものもそれなりの数あった。
- ・ 罪数処理が適切ではない答案もいくつかあった。初学者のうちには、短答の勉強も兼ねて、判例ではどのような場合に併合罪となっているか、牽連犯としているか、包括一罪としているか覚えてしまってもよい。

## 第2 乙の罪責について

- ・ 判例が有名であったため、判例が考慮していた3つの事情を書いている答案は多かった。3つの事情を実行の着手を認めるための要件としている答案もそれなりにあった印象だが、判例や学説の考え方は異なるはずである。実行の着手を認める要件は、判例や多くの学説では危険性と密接性としているはずであり、3つの事情はその判断の際に考慮している事情である。
- ・ 問題の中で、記載の分量にはメリハリが重要だが、主な論点となっている部分については、しっかりと三段論法で論じ、規範の定立も丁寧に行うべきである。
- ・ 第1行為と第2行為を一体の行為として考え、一連の行為に殺意があるとしている答案もそれなりにあった。たしかに、そのような理論構成で考えてもよい。しかし、判例で行為を全体として一つと見るのは、正当防衛の成否が争われているような事案で、暴行等で複数の殴打行為が連続している場合などであり、その際には行為や行為者の主観の連続性を考慮していたはずである。本問のように、行為がそれぞれ性質や行為態様も異なり、行為者の目的も異なるような事案では、行為が一体であるという認定は無理があると思料される。

また、まずは条文の解釈・適用で解決する方向で検討するべきである。条文等の法律解釈が含まれないと、自由作文と取られてしまう。行為を全体として一つとみる根拠として、結論が不当であるという理由は、法的な根拠がなく不十分である。判断の



前提にはそのような価値判断があるかもしれないが、答案に書く際には必ず法的根拠も記載すべきである。

- ・車をぶつけた行為やVの車を海に落下させた行為に器物損壊罪の成立を記載している答案もあった。海に落下させた行為については、たしかに器物損壊罪が成立するので、裁量点で評価した。衝突させた行為については、特にV車が損壊したという事実は問題文にないはずなので、検討しなくてもよい。

### 第3 甲の罪責について

- ・共謀共同正犯は、今では成立は当たり前となっはいるが、条文からは直ちに成立を認めてよいか明らかではないので、共謀しただけの者でも共同正犯として正犯になるということは論じたほうがよい。

また、共謀共同正犯の論証においては、共謀でも結果に因果性を及ぼすので共同正犯となる旨の理由付けもあったが、因果性を及ぼすのは幫助犯や教唆犯でも同じである。なぜ、正犯にまでなるのかを考えて欲しい。

- ・詐欺未遂罪の検討では、少数ではあったが、錯誤がないので未遂罪も成立しないという答案があったが、欺罔行為そのものを行っているのであるから、不能犯でない限り、実行の着手があることは争いがない。
- ・不能犯の具体的危険説と言われる立場をしっかりと記載できている答案は1通か2通であった。なぜ、不能犯と言われる論点があるのかを考えて欲しい。全ての事情を考慮すれば、およそ全ての未遂の事案は不能犯になってしまう、致死量に足りない毒を飲ませた場合に、一般人を基準に判断しなければ不能犯になってしまう、などの議論があるはずである。

### 第4 最後に

初学者のうちには、高得点の答案の流れや型を見て、真似するのもいい勉強となる。他の答案を見て、言い回しが上手い表現などは覚えておいて、自分の語彙力の引き出しにしておくことは、現場で表現を考えなくて済むので、良い試験対策になると思います。

実行の着手時期は、本問のような事案のほか、間接正犯などで問題となることもあります。答練で出題された論点は確実に押さえておくとともに、関連する論点も復習しておきましょう。

以 上

# 司法試験予備試験答案練習会 2020年1月5日分 得点分布表

刑法I

出席者 42名 平均点 11.3点

