

論文式試験問題集  
[刑法 I]



## [刑法 I]

### [設問 1]

以下の事例において、甲及び乙の罪責を検討しなさい。

(得点配分は甲：13点、乙：27点、裁量点10点とする)

### 【事例】

- 1 暴力団駿河台組若頭甲の舎弟分である乙は、甲から「和泉組のAがうちの組のこと舐めとる。痛めつけるから手伝え。コトが済んだら30万円やる。」と言われ、乙もAが前から気に食わなかったことや、30万円が欲しかったこともあり、「わかりました。甲さんがAの野郎を痛めつけている間、俺は周りを見張っておきます。武器も用意しておきます。」と言って二つ返事で甲の計画に参加することを了承した。
- 2 令和2年3月8日午前1時過ぎ、甲と乙は、人気の少ない通りを歩いていたAに対し木刀で多数回殴打するなどの暴行を加えた(第1暴行)。その際、事前の打ち合わせ通り、Aへの殴打は甲のみが行い、乙は周囲に人が来ないか見張っていた。甲がAを殴打する際に使用した木刀は乙が用意したものだった。
- 3 甲は、念願だったAを痛めつけることができ、興奮状態にあった。乙は、殴打されうずくまるAを見て溜飲が下がったため、甲がまだ興奮状態であることを認識していたが、「俺帰る」と言っただけで、Aに対してそれ以上暴行を加えないという趣旨のことは告げず、甲に対しても、以後Aに暴行を加えることを止めるよう求めたり、Aを寝かせたり病院へ連れて行ったりするよう頼んだりせずに、現場をそのままにして立ち去った。
- 4 その後、Aの言動に激高した甲は、「まだシメ足りないか」と怒鳴って顔を木刀で突いたり殴打したりするなどの暴行を加えた(第2暴行)。Aがピクリともしなくなったのを見て、甲はここまで痛めつけたのだからついでにAの財布ももらってAの金で豪遊しようと思いつき、Aの懐を探ってAの財布を自分のポケットに入れ、逃走した。
- 5 Aはその後病院へ運ばれたが、くも膜下出血により死亡した。死亡結果が第1暴行により生じたものか第2暴行により生じたものかは不明であった。後日、乙は甲から謝礼として事前の打ち合わせ通り30万円をもらった。

2020年3月8日

担当：弁護士 新明清久

参考答案  
[刑法 I]

## 第1 甲の罪責

### 一 傷害致死罪（刑法（以下、法典名略記。）205条）の成立

1 傷害致死罪（205条）とは、人の身体に対する有形力の行使である暴行の結果、人を死亡させる罪である。

甲は、第1暴行及び第2暴行をAに加え、その後、Aはくも膜下出血により死亡した。甲の第1暴行及び第2暴行の結果Aはくも膜下出血を起しており、甲の第1暴行及び第2暴行は人の生理的機能を侵害し、死亡という結果を生じさせているから、「身体を傷害し、よって人を死亡させた」ものといえ、甲の第1暴行及び第2暴行は傷害致死罪（205条）の客観的構成要件該当性に該当する。

この点、Aの死亡結果は、前述の第1暴行及び第2暴行のいずれから発生したもののか不明である。

しかし、甲は、これらの行為を実際に行っており、当該行為により発生した結果についていずれも帰責される。したがって、第1暴行及び第2暴行の実行犯である甲に傷害致死罪の客観的構成要件該当性を認めることに問題はない。

2 甲は、当初から、Aを痛めつける目的で第1暴行及び第2暴行を行っており、暴行罪（208条）の故意（38条1項）が認められるにとどまる。しかし、205条は、「よって人を死亡させた者」と規定されており、結果的加重犯といえる。結果的加重犯の場合には、その基本的行為に重い結果発生の蓋然性が認められているといえるから、その基本的行為について故意が認められれば、加重結果発生につ

いての認識までは不要である。

したがって、前述のとおり甲には暴行の故意が認められるため、傷害致死罪の主観的構成要件該当性が認められる。

3 よって、甲の第1暴行及び第2暴行にはAに対する傷害致死罪が成立する。そして、後述のとおり、甲は傷害致死罪について乙と共同正犯（60条）となる。

### 二 窃盗罪（235条）の成立

1 強盗罪（236条1項）は成立しないこと

ア 甲は、第2暴行によりAがピクリともしなくなったことを認識した後、その状態を奇貨として、「他人の財物」（236条1項）であるAの財布を勝手に持ち去っている。このような行為につき強盗罪が成立しないか。先行する暴行により抗拒不能状態に陥ったのを奇貨として、暴行後財物奪取意思が生じた場合、「暴行・・・を用いて他人の財物を強取した」といえるのか問題となる。

イ 同罪は、文言上、「暴行・・・を用いて」と規定されており、財物奪取という目的達成の手段として暴行が行われた場合を想定している。また、同罪に重い刑罰が予定されているのは、刑事政策上、財物奪取を目的とした暴行によって重大な結果が発生するおそれが高いからである。

そうすると、同罪が適用される前提として、暴行が財物奪取のための手段として用いられる必要があるが、単にその暴行により発生した抗拒不能状態を利用するだけでは足りない。

ウ 本件では、甲の第2暴行は、前述したとおり、Aを痛めつけるために行われたものであり、Aの財物奪取を目的としたものではない。単に第2暴行後にAピクリともしなくなかった抗拒不能状態を奇貨として、ここまで痛めつけたのだからついでにAの財布ももらってAの金で豪遊しようと思いつき、財物奪取意思が生じたに過ぎない。エ したがって、甲の前述したAの財布の持ち去りについて、強盗罪は成立しない。

2 窃盗罪（235条）の成立  
窃盗罪とは「他人の財物を」「窃取」したことが必要である。前述のとおり、Aの財布は「他人の財物」にあたる。

「窃取」とは、占有者の意思に反して財物に対する占有者の占有を排除し、目的物を自己又は第三者の占有に移すことをいう。本件で甲のAの財布をAの懐のポケットから抜き取り、立ち去った行為は、抗拒不能状態のAから無断で、Aの財布を自身の占有下に移動させる行為であり、「窃取」にあたる。以上から甲の行為は窃盗罪の客観的構成要件該当性を満たす。

甲は、Aの許可なくAの財布の中身の金で豪遊する目的で当該行為をしたことから、不法領得の意思（権利者排除意思及び経済的利用・処分意思）も認められる。また、窃盗罪の故意（38条1項）も認められる。したがって、甲のAの財布の持ち去り行為については、窃盗罪が成立する。

**三 罪数関係**

甲には、①傷害致死罪の共同正犯及び②窃盗罪が成立する。両罪は

併合罪（45条）となる。

**第2 Zの罪責**

**一 甲の第1暴行について**

1 Zは、事前にAに対する暴行について甲と共謀していたもの、甲の第1暴行の際には、見張りをを行うにとどまり、Aに対して直接暴行を行っていない。したがって、Zには、第1暴行について、甲と共同正犯（60条）として責任を負うのか傷害罪の幫助（62条1項）に留まるのか問題となる。

2 60条は「共同して犯罪を実行した者」とされており、実行行為を共同した場合に限定された規定とまではない。また、共同正犯の処罰根拠は、共同実行の意思の下に互いの行為を相互に利用補充しあい、犯罪を実行した点にある。そのため、実行行為を共同して行っていない者であっても、①共謀（意思連絡）②正犯意思が認められ、③共謀に基づく実行がされた場合には、当該犯罪について共謀共同正犯が成立する。

3 本件では、以下のとおり、Zに前述した①ないし③が認められる。

(1) ①共謀（意思連絡）について

Zは、甲と事前に和泉組のAを痛めつけることを打診され、これを了承している。これはAに対する暴行を行うことにつき認識を共有していたといえるから、甲とZにはAに対する第1暴行につき共謀（意思連絡）が認められる。

(2) ②正犯意思について

正犯意思が認められるかについては、動機、共謀者と実行行為者との関係、共謀者自身の関与の態様、共謀者が犯行に果たした役割、加担行為の内容等を総合考慮して決する。

乙は甲の舎弟分であり、明確な上下関係にある。そして、実際に第1暴行の際にも乙は見張り役を行うにとどまっておて、「自らの犯罪」として、第1暴行に加担したとまでいえないとも考えうる。

しかし、乙自身もAを以前から気にくわれないと思っておており、甲からAへの暴行を打診された際には、自ら積極的に見張りを行い、暴行に使用する武器を提供することを提案しておて、本件の第一暴行に対し積極的に関与している。したがって、乙は、甲との上下関係によって、やむを得ず加担していたとはいえない。また、実際第1暴行に使用された木刀は、乙自身が用意し甲に提供したものであり、暴行に使用された武器を準備するという重要な役割を果たしたといえる。さらに、暴行時の見張り役も、第三者に犯行が見つかからないようするための重要な役割と評価できる。その上、乙は、甲から報酬として30万円という決して安くない額を打診されていたところ、この金員欲しさもあつて加担することを了承している。

このように、Aへの暴行は乙の兄貴分である甲の提案ではあるものの、乙自身もその暴行実現のため積極的に重要な役割を申し出た上、加担していること、報酬も受け取っていることからすれば、乙は「自らの犯罪」として参加したものといえる。

したがって、乙には正犯意思が認められる。

### (3) 共謀に基づく実行

甲は、前述した乙との共謀に基づいてAに第1暴行をしており、③を満たす。

4 以上より、①ないし③を満たし、乙にはAを痛めつける意思、すなわち故意（38条1項）も認められるため、乙には第1暴行について甲と共謀共同正犯が成立する。

#### 二 甲の第2暴行について

##### 1 事前の共謀通りの暴行であること

甲の第2暴行は、乙との事前の共謀に基づく行為といえるか。

甲の第2暴行が、乙との共謀に基づくものであるかは、当初の共謀と実行行為の内容との共通性、範囲の継続性、動機・目的の共通性という事情から共犯者の独自の意思決定に基づく行為といえるかを総合的に判断する。

甲の第2暴行は、乙との事前の共謀で対象としていた、第1暴行と同じ相手であるAに対して行われている。また、両暴行の間には時間的場所的近接性が認められる。また、両暴行をみても、乙が提供した木刀でAを殴るというものであり、Aを痛めつける、という当初の共謀通りの行為であり、質的な変化はない。甲としても、あくまでAの言動に腹が立ち、Aを痛めつける目的で第2暴行を行っている。

以上を踏まえると、第2暴行は、甲の独自の意思決定に基づく行為ではなく、第1暴行と一連の行為として継続して行われたものであり、甲と乙との事前の共謀通りの行為といえる。

<p>2 共犯関係の離脱について</p> <p>(1) もっとも、乙は、甲に対して、第2暴行が開始される前、「俺帰る」といってその場から立ち去っている。そうすると、立ち去った時点で、甲との共犯関係の離脱が認められないか問題となる。</p> <p>(2) 共同正犯の処罰根拠は共同実行の意思の下、相互利用補充関係によって、犯罪の実現に因果的な影響を相互に及ぼしあった点にある。そうすると、共犯関係からの離脱が認められるためには、その因果的影響が解消されたと認められることが必要であるといえる。また、実行に着手した後は、犯罪の実現に向けてその影響が及ぼされようとしていることに照らせば、単に離脱する旨を伝えるだけでは足りず、離脱の意思表示、離脱の了承に加え、より積極的に犯罪の実現防止行為を行い、当初の共謀に基づく実行行為が行われることのないようにする必要があるというべきである。</p> <p>(3) 本件では、すでに共謀に基づき第1暴行が行われている。その際に使用された木刀は乙が提供したものであり、また乙は見張り役を行うことで甲の暴行実現において物理的・心理的因果性を与えている。そして、乙が、単に「俺帰る」と告げた際には、甲はその木刀をまだ所持していた上、第1暴行により興奮状態にあった。そうすると、本件は実行に着手したあと、乙の物理的・心理的因果性が強く残っていたといえる。</p> <p>また、乙自身、甲が第1暴行後興奮状態であることを認識しており、甲を放って現場を立ち去れば、甲がAに引き続き暴行を加えることを十分に予想しえたといえる。</p>	<p>そうすると、乙が単に「俺帰る」と告げたというのみでは、前述した影響を甲との間で解消したとはいえず、甲の乙の離脱の意思表示に対する了承を得たうえで、甲に対しても、以後Aに暴行を加えることを止めるよう求めたり、Aを寝かせたり病院へ連れて行ったりするよう頼むか、乙自身でAを寝かせたり病院へ連れていく必要があった。乙はそれらの行為をしておらず、因果的影響を解消したとはいえないため、共犯関係からの離脱は認められない。</p> <p>3 したがって、乙には甲との共犯関係の離脱は認められず、第2暴行についても共同正犯が成立する。そして、乙も甲と同じく第1暴行及び第2暴行につき共同正犯として発生した結果について帰責されること、また、前述したとおり傷害致死罪は暴行の故意で足りることからすれば、乙は甲と傷害致死罪の共同正犯となる。</p> <p><b>三 甲の窃盗罪について</b></p> <p>同罪については、乙は甲との間で事前に報酬の約束をしていたものの、Aの財布を抜き取ることは事前の共謀に含まれておらず、事前共謀は認められない。また、乙が現場にいる際にAの財布を抜き取る合意もされておらず、乙が現場から立ち去った後に、甲が財布を抜き取ることを思いついたものである。以上からすれば事前共謀及び現場共謀は認められないため、同罪について乙は何ら罪責を負わない。</p> <p><b>四 罪数</b></p> <p>乙には甲とのAに対する傷害致死罪の共同正犯が成立する。</p> <p style="text-align: right;">以 上</p>
---	--



2020年3月8日

担当：弁護士 新明清久

# 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>〔甲の罪責〕</b>	(13)		
○傷害致死罪(第1暴行及び第2暴行)			
・第1暴行及び第2暴行が傷害致死罪の客観的構成要件に該当することの指摘		2	
・甲は暴行罪の故意しか有していないことの指摘		1	
・暴行罪の故意を有していれば傷害致死罪の成立が認められることの論証		2	
○財布を抜き取った行為			
・暴行後に財物奪取の意思を生じていることについての問題提起		1	
・強取の解釈(暴行は財物奪取を目的とするものでなければならないこと)		1	
・本件で強盗罪は成立しないことの論証		1	
・窃盗罪が成立することの論証		3	
○罪数関係			
・甲には傷害致死罪の共同正犯と窃盗罪が成立し、併合罪となることの指摘		2	
<b>〔乙の罪責〕</b>	(27)		
○第1暴行について			
・乙は第1暴行の実行行為を行っていないことの指摘		1	
共謀共同正犯の要件の論証		3	
・意思連絡の検討		2	
・正犯意思の検討		5	
・乙には第一暴行について共同正犯が成立することの指摘		1	
○第2暴行について			
・乙は第2暴行前に立ち去っているため、共犯からの離脱が問題となることの指摘		1	
・共犯からの離脱の要件の論証		3	
・共犯からの離脱の検討		3	
・甲の第2暴行は当初の共謀の射程内であることの検討		3	
・第1暴行と第2暴行の共同正犯が認められ、傷害致死罪が成立することの指摘		1	
○甲の窃盗罪について			
・甲の窃盗については共謀の射程外であることの検討		3	
○罪数関係			
・乙には傷害致死罪が成立することの指摘		1	
<b>裁量点</b>	(10)	10	
<b>合計</b>	(50)	50	

# 刑法 I 解説レジュメ

## 第 1. 総論

本問は共犯からの離脱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。予備試験においても、共犯関係が出題された年もあり、共犯についての理解を深めることは刑法を学ぶ上で必須である。本問で乙は実行行為を行っていないため、共謀共同正犯、共犯からの離脱、共謀の射程と言った論点が出てくる問題であり、共犯について一通りの理解が求められる問題となっている。また、強盗、窃盗についても、各概念の正確な理解が求められる。

## 第 2. 甲の罪責について

### 1. 第 1 暴行と第 2 暴行について

甲は第 1 暴行及び第 2 暴行の実行行為を行っており、いずれかの暴行が原因でくも膜下出血（生理的機能を侵害する行為＝傷害）を起し、死亡するに至っている。よって、いずれの暴行が原因にしても、甲の第 1 暴行及び第 2 暴行は一連の行為全体として評価したときに傷害致死罪の客観的構成要件に該当するのは問題ない。これらの行為で問題となるのは、甲は終始 A を痛めつけることを目的としている点、すなわち暴行の故意しか有していないのに対し、傷害致死罪の責任を負わせて良いのか、という点である。

最高裁判例は、この点、暴行の意思を持って暴行し、傷害を与えて死なせた場合には傷害致死罪が成立する（暴行→傷害→傷害致死の二重の結果的加重犯の場合でも基本犯たる暴行の故意を有していれば傷害致死罪が成立する）と解している（最高裁昭和 39 年 1 月 28 日判決・判例ブックテニス I 9 参照）。よって、本件の甲は痛めつける＝暴行の意思を持っている以上、致死結果についても責任を追うことになる。また、判例は致死結果について過失も不要と解しており（最高裁昭和 26 年 9 月 20 日判決刑集 5 卷 10 号 1937 頁）、最高裁の立場にたてば本問の甲には A に対する傷害致死罪が成立する。

### 2. 暴行後の財物奪取について

甲は A を痛めつけ、ピクリともしなくなった後に財物奪取意思を生じて財布と懐から抜き取った。この行為について、強盗罪が成立するか、窃盗罪にとどまるかが問題となる。

この点、判例、通説は強盗罪の成立を否定し、暴行罪と窃盗罪が成立すると解している。その理由は、強盗罪は被害者の反抗を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫を手段として財物を奪取する犯罪であるから、暴行・脅迫は財物奪取の手段として行われることが必要であり、暴行・脅迫後に財物奪取の意思が生じた場合には、財物強取を目的として暴行・脅迫を加えたとはいえないからである（刑法 II 各論 161 頁参照）。

判例・通説の立場に従えば、本問の甲には強盗罪は成立せず、傷害致死罪と窃盗罪の併合罪が成立することになる。

### 第3. 乙の罪責について

#### 1. 第1暴行について

乙は、本問において実行行為を行っていない。よって乙に甲の第1暴行及び第2暴行の行為を帰責させるためには、乙に共謀共同正犯ないしは幫助犯を成立することを論証しなければならない。答案の流れとしては、まず刑法60条の共同正犯（共謀共同正犯）が成立するかを検討し、成立しない場合には刑法62条1項の幫助犯が成立するかを検討することになる。

共謀共同正犯が成立するためには①共謀と②共謀に基づく実行行為が必要であり、ここでいう共謀の内容は「犯罪を共同して遂行する合意（意思連絡）」と「正犯意思（自己の犯罪として行う意思）」に分けられる。それぞれの概念の詳しい解説は各自基本書等で学んでもらうとして、本問では、「犯罪を共同して遂行する合意」については、Aを痛めつけるという暴行について、共同で遂行する合意が容易に認められると考えるため、問題となるのは専ら乙の「正犯意思」についてである。

正犯意思については正犯意思か、加担意思か、という主観的基準に加え、共犯者相互の関係、被告人の犯行動機や犯罪結果に対する利害関係の程度、被告人の謀議への関与状況、被告人が実際に行った役割を総合して、被告人と他の共犯者との間に相互利用、相互依存関係が有るかを検討し、第一次的な責任を追うべき者かどうかを判断する総合判断説が通説であるとされる。

以上を踏まえて、本問における乙の正犯意思を判断するに際して検討すべき事実は

- ・甲と乙は暴力団の兄貴分と舎弟であった
- ・乙もAを痛めつけたいと思っていた
- ・乙は積極的に自分の役割を提案した
- ・Aを痛めつけるための武器を用意した
- ・報酬として30万円を甲からもらう約束をしていた
- ・乙は当日見張り役を行った

といったものになる。上記要素を評価し、正犯意思を有し、共同正犯となるか、幫助犯とどまるかを検討してほしい。なお、見張り役のみでも共同正犯となりうるのが判例の立場である（最高裁昭和23年3月16日判決、刑集2巻3号220頁参照）。作問者としては、上記要素からは正犯意思が十分に認められるものと考えている。

#### 2. 第2暴行について

##### (1) 共謀の射程論について

本件において、甲は乙との事前の共謀の内容である「Aを痛めつける」という行為を続けて行っており、本件において甲の行為が当初の共謀から外れた行為とはいえないだろう。そうすると（共謀の射程論についても模範解答ではある程度丁寧に論じているが）本問の主題は(2)共犯からの離脱ということになる。

##### (2) 共犯からの離脱論について

乙は第1暴行の後に「俺帰る」と言ってその場を立ち去った。そこで、仮に第2暴行から致死結果が発生した場合、乙に傷害致死の結果まで帰責してよいのか、いわゆる「実行の着手後の共犯からの離脱」が認められるかが問題となる。

本問は、この点につき最高裁平成元年6月26日判決（判例プラクティスII377事件）の事案をほぼそのまま踏襲した問題となっている。判例は「(甲が) なお制裁を加えるおそれが消滅していなかったのに、乙において格別これを防止する措置を講ずること無く、成り行きに任せて現場を立ち去ったのに過ぎないのであるから、当初の共犯関係が右の時点で解消したということは出来ず、第2暴行も当初の共謀に基づくものと認められる。したがって、仮に第2暴

行が死因であるとしても、乙は傷害致死罪の共同正犯の責任を追う。」と判示している。判例の立場にしたがえば、本問においても乙は武器を用意したり、見張り役を行うことで、強い物理的影響、心理的影響を甲に及ぼしている。また、第1暴行が終了した段階で現場をそのままにして立ち去った状態は、実行の着手後たるに相応しい、Aの生命に対する切迫した危険が生じていた状態と評価しうる。加えて、甲が興奮状態であったことから、甲による更なる犯行が継続されるであろうことが容易に予測し得たと思われる。そうであれば、Aを病院に連れて行く手はずを整えたり、甲に対し以後の犯行を止めるよう求めるなどの措置は当然に要求されるといえ、それらの措置が講じられていない状況では、共犯としての因果性は未だ解消されたとは評価されないだろう（判例プラクティス377解説参照）。

### 3. 甲の窃盗行為について

本問の甲と乙の事前の共謀は「Aを痛めつける」という限度にとどまり、現場においてもAの財物奪取の共謀はなかったのであるから、甲の窃盗行為について乙は責任を負わないと考えられる。

#### 参考文献

「基本刑法Ⅱ」大塚裕史・十河太朗・塩谷毅・豊田兼彦 日本評論社

「刑法 第3版」山口厚 有斐閣

「判例プラクティスⅠ・Ⅱ」成瀬幸典・安田拓人編 信山社

以 上

2020年3月8日

担当：弁護士 新明清久

## 《おまけ》

下記の答案構成は、予備試験合格後、司法試験を合格した作問者の友人（71期）に、本問を見せ、15分程度で、手書きで答案構成を作ってもらった。答案構成にかかる適切な分量や時間は各々異なるところであるが、友人は下記程度を書いたうえで、回答を作成するとのことであった。一つの参考として頂ければ幸いである。

### 【答案構成】

#### 第1 甲の罪責

##### 1 傷害致死罪の成立（刑法235条）

- (1) 後述する乙と共謀 甲は第1暴行を行い、その後さらに第2暴行  
本件では因果関係不明  
しかし、甲は第1暴行及び第2暴行ともに実行行為を行う  
したがって、両行為から生じた結果について責任を負う
- (2) また、傷害致死罪は、文言解釈上傷害罪の結果的加重犯であるから、傷害の故意で足りる。  
甲はAを痛めつけようとして・・・ 問題なし
- (3) よって、甲の第1暴行及び第2暴行には傷害致死罪が成立

##### 2 窃盗罪の成立

- (1) 強盗罪（236条1項）は成立しないこと  
ア 甲は第2暴行によりAがピクリとも動かないことを認識したうえで、その抵抗不能の状態を利用して、Aの財布を持ち去った。抵抗不能状態にさせた後、財物奪取意思を生じた場合、強盗罪の成立は認められるのか  
イ 趣旨 手段目的関係  
ウ 本件では  
エ 小括  
不成立
- (2) 窃盗罪の成立  
もっとも、Aの財布（「他人の財物」）を勝手に甲のポケットに入れて持ち去っており、Aの意思に反した占有の移転にあたる（「窃取」）。  
また、故意及び不法領得の意思もOK  
よって、窃盗罪

##### 3 罪数関係

傷害致死罪と窃盗罪は併合罪。後述するとおり、傷害致死罪については乙と共同正犯（60条）となる。

#### 第2 乙の罪責

##### 1 第1暴行について

- (1) 乙は武器を提供したものの、第1暴行は行ってはおらず、見張り  
暴行の補助にとどまり、正犯性は認められない？「共同して犯罪を実行した者」という文言から、実行行為を行っていない者にも共同正犯が成立するのか、共謀共同正犯の成否が問題
- (2) 文言  
利用補充関係  
実行行為を分担したこと×

①共謀の存在(意思の連絡) ②正犯意思

① OK

② 乙は甲の射程

しかし、乙もAを痛めつけたい

武器提供

見張りの報酬として30万円はそのリスクから見合った額

したがって、正犯意思あり

(3) 第1暴行について共謀共同正犯

## 2 第2暴行について

(1) 乙が立ち去った後 痛めつける

(2) 第1暴行の延長

⇒なお、共謀の射程内

(3) とはいえ、その場にはすでにいない

共犯関係の離脱

解釈

因果性の遮断。着手していることから、単にその場から立ち去ることだけでは足りない

(4) 本件

告げただけ

了承もない

(5) そうすると、第2暴行についても共謀共同正犯として責任

そして、乙も甲と同じく第1暴行及び第2暴行について正犯として責任を負うことから、  
傷害致死罪の共謀共同正犯

## 3 窃盗罪(235条)

これについては、事前共謀がない。現場共謀もない  
不成立

## 4 罪責

傷害致死罪の共謀共同正犯

## 最優秀答案

回答者 KN 33点

### 第1 設問1

1. (1) 甲の、第1暴行と第2暴行のいずれかの暴行により、Aがくも膜下出血により死亡した行為について、甲に傷害致死罪(刑法(以下法律名略205条)が成立するか。

(2) ア.

(ア) まず、第1暴行と第2暴行は社会通念上一連一体の行為として評価できるか。

(イ) 2つの行為の一連一体性は、法的評価を離れた社会通念に照らして判断する。その成否は、①行為態様の同一性、②行為者の主観の同一性、③両行為の時間的場所的一体性により判断する。

(ウ) ①について、第1暴行、第2暴行は、木刀によってAの顔面を殴打するもので、行為態様は同一である。また、②について、甲は、Aを暴行で痛めつけてやろうと思い第1暴行をしている。第2暴行では、「まだシメ足りないか」と述べて、さらに痛めつけるべく当該行為をしているから、暴行で痛めつける意思がある。

すると、甲の主観は同一である。③について、両行為は、人気がない通りという同じ場所で、時間的に連続して行われている。

(エ) よって、第1行為と第2行為は社会通念上一連一体の行為として評価できる。

イ. 「身体を傷害」したことについて、甲は、第1、第2暴行でAの顔という人の「身体」に対し、木刀で殴打するという不法な有形力の行使をし「暴行(208条)」、Aにくも膜下出血を生じさせて、人体の生理的機能を害している(「傷害」)。よって「身体を傷害」したといえる。

ウ. Aはくも膜下出血によって死亡しているから、傷害に「よって人を死亡させた」といえる。



(3) 故意について、故意とは、犯罪事実の認識予見であるが、甲は、木刀でAを痛めつける意思すなわち暴行の事実しか認識予見していない。傷害致死罪の故意があるといえるか。

傷害罪は暴行罪の、傷害致死罪は傷害罪の結果的加重犯である。結果的加重犯の場合は、加重される基本となる犯罪の故意があれば、故意は足りると解する。

甲は、暴行の故意があるから、傷害致死罪の故意に欠けるところはない。よって、故意も認められる。

(4) 以上より、甲に傷害致死罪が成立する。

2. (1) ア. 甲が、第2暴行後、Aの懐を探ってAの財布を自分のポケットに入れた行為について、甲に強盗罪(236条1項)が成立するか。

イ. 「強取」とは暴行脅迫を手段として、相手方の物の占有を自己又は第三者の事実上の支配下に移すことをいう。すると暴行は、財物移転にむけられる必要がある。

ウ. 第2暴行時点では、甲にAの財布を自己の事実上の支配に移す意図はなく、財物移転に向けられていないから、「強取」が認められない。

エ. よって、甲に強盗罪は成立しない。

(2) ア. 甲の当該行為に窃盗罪(235条)は成立するか。

イ. 甲は他人たるAの財布(「他人の財物」)をAの意思に反して、自己のポケットに入れて相手方Aを含め外部から取り返せないところにおいているから、所有者の意思に反して、自己の事実上の支配下に物を移したといえる。(「窃取」)

ウ. よって、甲に窃盗罪が成立する。

3. 罪数について、傷害致死罪、窃盗罪は併合罪(45条前段)となる。

4. (1) 乙について、甲の傷害致死罪の共謀共同正犯(60条, 205条)が成立するか。

(2) ア. 60条が共謀共同正犯を含むのか。60条が「二人以上共同して犯罪を執行した者」を正犯として処断するのは、互いに物理的・心理的因果性を及ぼしあって各々自己の犯罪を実施するところにある。これは、実行行為をしない共謀者でもなしうる以上、共謀共同正犯も60条で処罰しうる。

そして、成立要件は、①正犯意思に基づく意思の連絡すなわち共謀と②実行者の実行行為の存在である。

(3) ア. 前述のように甲は傷害致死罪の実行行為をしている(②)。

イ. また、①について、乙は、甲から、Aを痛めつける旨もちかけられ、これを承諾しているから、意思の連絡はある。一方正犯意思について、乙は、甲を手伝えば30万円を手に入れられる旨つけられており、犯罪たるAへの暴行を実現することで、独自の利益を得る。また、乙は、自ら暴行中の周囲のみはりと、暴行に必要な武器の用意を申し出ており、犯罪実現に重要な役割をはたしている。すると、乙は、自ら、暴行罪を実現しようとしているから正犯意思が認められるとも思える。

もったも、正犯意思は暴行罪(208条)実現のものであり、傷害致死罪の実現ではないから、後者について正犯意思はないとも思える。しかし、前述のように、傷害致死罪は結果的加重犯である以上、その正犯意思は、暴行罪を実現する意思で足りる。

乙は、暴行罪を実現する意思はあるから、傷害致死罪の実現に欠けるところはない。

よって、正犯意思も認められ、①をみたす。

(4) ア. ところで、乙は、甲のAへの第1暴行後、「俺帰る」と述べて現場を離れた。これは、共謀からの離脱にあたらぬか。

イ. 共同正犯の処罰根拠から、離脱が認められるには、物理的因果性が切断される必要がある。加えて、実行着手後は、結果への因果も生じている以上犯罪実現を回避すべくこれも切断しなければならない。そこで①離脱の意思表示②相手方の同意③結果発生回避への真摯な努力が要求される。

ウ. 乙は甲へ「俺帰る」と述べ、共謀から離脱する旨意思表示をした(①)。甲は、乙をひきとめもしていないから、少なくとも黙示の同意をしている(②)。

乙は、Aにこれ以上暴行を加えない旨、告げず、甲に対しても暴行をやめるよう求める又は、Aを寝かせる又は病院へ連れて行くよう頼むこともせず立ち去っている。乙は、しようと思えば、これらをなし得た以上、傷害の結果発生のために、乙は何ら努力をしていない(③)。

エ. よって、離脱は認められない。

(5) 以上より、乙に傷害致死罪の共謀共同正犯が成立する。

5. 乙に，甲の窃盗罪の共同正犯が（235条，60条）が成立するかについて，窃盗について意思連絡がなく，共謀がないから，成立しない。

以 上

# 採点講評

(2020年3月8日 刑法I)

## 第1 はじめに

本問は難易度を高めに設定して作成しました。問題文の量に比して書かなければならないことが多く、苦戦されたかな、という印象を採点していて受けました。以下採点していて気になった点を書いていきます。

## 第2 甲の罪責について

ほとんどの人が傷害→傷害致死の流れで検討をしていました。本件の暴行でくも膜下出血を起こしているの、傷害から書いても問題ないのですが、傷害の故意で傷害致死罪は成立するのか、という点に触れていない答案も多かったの、結果的加重犯の犯罪が出てきたときは気を付けるようにしてください。

窃盗について、強盗が成立しない、とする点はしっかり論じている方が多かったのは好印象なのですが、窃盗罪の記述が全体として薄すぎるのが気になりました。犯罪が成立する以上は、窃盗罪が成立することについてある程度の記述は必要です。最低限窃取の解釈と不法領得の意思くらいにはふれたほうがいいです。ほとんど論じていない犯罪を成立させるのは本試験でも心証が良くないと思います。

## 第3 乙の罪責について

共謀共同正犯は苦手な人が多い印象の单元ですが、共犯の処罰根拠→共謀共同正犯の要件をしっかりかけている人はほとんどいませんでした。この部分は予備試験、本試験でも頻出の部分ですので、正確にかけようようにしてください。また、正犯意思は考慮要素をある程度は書けるようしておくとう良いと思います。

共犯からの離脱についても離脱の意思表示、離脱の承諾、積極的な阻止の措置といった要件をかけている人は少数でした。この機会に覚えてしまってください。

## 第4 その他

問題提起として〇〇罪が成立するか、という書き方をされている方が非常に多かったのですが、あまり意味のある記載とは思えません。〇〇罪が成立するか、と書くくらいなら〇〇の行為につき〇〇罪が成立する／しないと結論書いてしまって検討書いたほうが採点官は読みやすく好印象だと思います。問題提起は上記のような漠然としたものではなくて、もっとポイントを絞って書くと効果的です。(模範答案を参考にしてください。)的確な問題提起、正確な規範が書ければ答案の評価は飛躍的に上がります。引き続き頑張ってください。

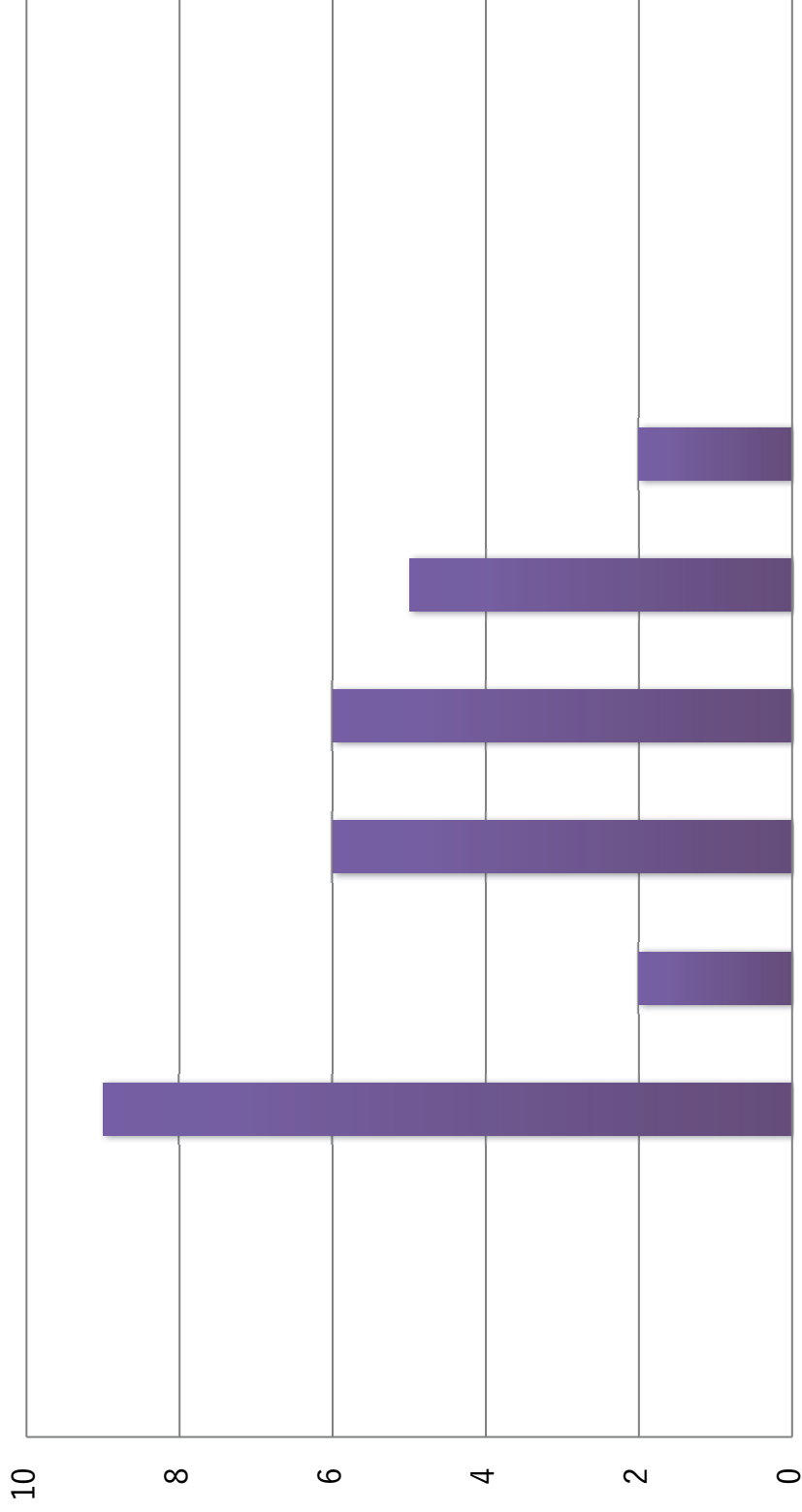
以上

# 司法試験予備試験答案練習会 2020年3月8日分 得点分布表

刑法 I

出席者 30名 平均点 18.4点

(人数)



(得点)

分布	人数
0	0
1~5	0
6~10	9
11~15	2
16~20	6
21~25	6
26~30	5
31~35	2
36~40	0
41~45	0
46~50	0