

論文式試験問題集  
[刑法Ⅱ]

甲に殺人未遂罪が成立するか答えよ。

- (1) 甲は、ホストクラブにおいてホストをしていたが、客であったVと交際し同居するに至った。ところが、Vが数か月間にたまった遊興費を支払うことができなかったことから、甲は、Vに対し、ほぼ毎日のように激しい暴行、脅迫を加えて強い恐怖心を抱かせて服従させ、風俗店などで働くことを強いて、遊興費を支払わせるようになった。
- (2) しかし、甲は、Vの少ない収入から上記のようにして支払を受けることに飽き足りなくなり、以前にホスト仲間（公的機関や法律職の勤務経験は皆無である）から聞いた知識でVを自殺させても自分は殺人罪にはならないと考えていた。そこで、甲は、Vに多額の生命保険を掛けた上で自殺させ、保険金を取得しようと思いつき、Vを合計13件の生命保険に加入させた上、保険金の受取人を自分に指定させるなどした。
- (3) 甲は、自らの借金の返済のためにまとまった資金を用意する必要に迫られたことから、Vに自動車の海中転落事故に見せ掛ける方法で死亡することを強要し、Vの生命保険金を取得しようと計画した。  
なお、甲は、ホスト仲間からの聞いた話を根拠に「仮に自分の犯行が発覚したとしても、自分はVに自殺を命令したに過ぎないのであるから自分の行為は自殺関与罪に該当し、殺人罪に該当しない」と考えていた。
- (4) 甲は、自分の言いなりになっていたVに対し、「まとまった金を用意できなければ、死んで保険金で払え。」などと言って、A漁港において、事故を装って車ごと海に飛び込むという方法を具体的に指示し、被害者を運転席に乗車させて、車ごと海に飛び込むように命令して、遠方のA漁港まで連行した。  
ところが、A漁港に到着した直後、Vは、死の恐怖のため飛び込むことができず、自分の生命保険金以外にも金を用意できる方法があるなどと話して命乞いした。  
しかし、甲は、Vの命乞いに激怒して、Vの顔面を平手で殴り、その腕を手拳で殴打するなどの暴行を加え、Vに恐怖心をさらに抱かせ精神的に追い詰めて、海に飛び込み死亡するよう執拗に迫った。
- (5) このとき、Vは、甲の命令に応じて自殺する気持ちはなかったが、本件犯行現場でさらに暴行を加えられ、甲に対する恐怖の気持ちがさらに強くなり精神的にも追い詰められていた。  
ついに、甲の命令に従って車ごと海に飛び込む以外にこの状況を逃れる選択肢はないと思うに至り、車ごと海に飛び込んで生き残る可能性にかけ、死亡を装って甲から身を隠そうと考えた。
- (6) そこで、Vは、海に飛び込むことを決意し、「わかった。海に飛び込むからもう殴らないで。自分でできるから一人にして。」等と言って甲を犯行現場から遠ざけようとした。  
甲は、暴力によりVの意思を制圧したため、Vが自分の命令に従ったと思い、Vが自殺する意思はなく、生存するために他の選択肢がなく死の危険を承知で海に転落しようとしているとは思ってもいなかった。そして、甲はVの言うとおりに、犯行現場にVを一人残し、自身は犯行現場を監視することができる倉庫の物陰に移動した。
- (7) Vは、一人になった後に海に飛び込んだ後に車から脱出するための準備をして、死亡する危険性があることを認識した上で車を運転して、A漁港の岸壁上から海中に車もろとも転落した。  
そして、Vは車が水没する前に、運転席ドアの窓から脱出し、港内に停泊中の漁船に泳いでたどり着き、はい上がるなどして死亡を免れた。
- (8) 本件現場の海は、水深、水温などの状況から車ごと飛び込めば、脱出する意図が運転者であった場合でも車からの脱出に失敗する危険性は高く、また脱出に成功したとしても、心臓や脳の機能障害、運動機能の低下を来して死亡する危険性は極めて高いものであった。

2021年1月10日  
担当：弁護士 横山賢司

参考答案  
[刑法II]

<p>第1 本件で、甲に殺人未遂罪が成立するか。</p> <p>はじめに、甲に殺人未遂罪の構成要件該当性が認められるか検討する。</p> <p>1 本件では、甲は、Vを死亡させる意図をもって、Vに死亡する危険のある海に車ごと飛び込むことを命令し、Vを車ごと海に飛び込ませている。</p> <p>そこで、甲の行為に殺人(刑法199条)の実行行為が認められるか。他人の行為を利用した場合にも実行行為が認められるか問題となる。</p> <p>(1) この点、他人を自己の意のままに使用して、その動作や行為をあたかも一種の道具として自己の犯罪に利用する場合には、規範的な評価として、自ら手を下してその実行行為をしたのと同様に考えることができる。</p> <p>そして、行為者が、①他人を道具として利用しながら特定の犯罪を自己の犯罪として実現する意思を有し、②被利用者の行為を一方的に支配・利用し、被利用者の行為を通じて構成要件の行為の全部または一部を行えば、実行行為性が認められる。</p> <p>(2) まず、①甲は他人を道具として利用しながら特定の犯罪を自己の犯罪として実現する意思を有しているか検討する。</p> <p>本件で、甲は、Vに自動車の海中転落事故に見せ掛ける方法で死亡することを強要し、Vの生命保険金を取得しよう計画している。そうすると、甲はVの行為を利用して、Vを殺害しようとしている。したがって、甲にVを道具として利用しながら殺人を実現する意思を有している。</p>	<p>(3) 次に、②行為者が被利用者の行為を一方的に支配・利用し、行為者が被利用者の行為を通じて構成要件の行為を行っていたか検討する。</p> <p>甲は、本件犯行以前から暴行によってVを服従させ、犯行現場においてもさらに暴行を加えて精神的に追い詰めて海に飛び込み死亡するように更に迫っている。</p> <p>そのような状況の下で、Vは甲の命令に従って車ごと海に飛び込む以外にこの状況を逃れる選択肢はないと思うに至り、車ごと海に飛び込んでいる。</p> <p>だとすれば、Vの行為にVの自由意思はなく、甲はVの行為を支配・利用している。</p> <p>なお、Vは、死亡する危険性のある海に飛び込むことを決意しているので、自らの意思で死亡する危険性のある行為を行っているとも思えるが、Vの意思決定は、甲の暴行・脅迫に基づくものと同様であり自由な意思決定に基づくものではない。</p> <p>そして、甲は、Vを死亡する危険のある海に飛び込ませることによって、Vの行為を利用してVを死に至らせる現実的危険性のある行為を行っている</p> <p>したがって、甲は、Vの行為を一方的に利用し、Vの行為を通じて殺人罪の構成要件の行為を行っている。</p> <p>(4) よって、甲の行為にVに対する殺人罪の実行行為が認められる。</p> <p>2 そして、Vは海に転落した後に車から脱出し死亡するに至っていない</p>
--	--

<p>いので殺人未遂となる。</p> <p>3 では、甲に殺人罪の故意が認められるのか。</p> <p>本件では、甲は、Vが自分の暴力によってVの意思を制圧したため自分の命令に従ったと思っていたが、実際はVがこの場を逃れるために死の危険を引き受けていたにすぎなかった。</p> <p>しかし、甲の認識と事実との間には、Vに対して死に至らせる現実的危険性を生じさせる行為を行わせている点について認識に食い違いはない。</p> <p>したがって、甲に殺人罪の故意は認められる。</p> <p>4 よって甲に殺人未遂罪の構成要件該当性が認められる。</p> <p>第2 次に、Vは甲の命令に従って死亡することからVの承諾があり違法性が阻却されないか</p> <p>上記のとおり、Vの意思決定は、甲の暴行・脅迫に基づくものであり自由な意思決定に基づくものではない。</p> <p>よって、違法性は阻却されない。</p> <p>第3 甲には責任阻却事由は認められるか。</p> <p>甲は、自分の行為が自殺関与罪に該当し、殺人罪に該当しないと考え、刑罰法規の解釈を誤った結果、自己の行為が許されていると誤信しているで、故意が阻却されないか（あてはめの錯誤の問題）。</p> <p>この点、あてはめの錯誤であっても常に故意が阻却されるのではなく、行為者が刑罰法規の解釈を誤った結果、自己の行為が許されていると誤信</p>	<p>した場合に、そのことにつき相当の理由があるときに故意が阻却される。</p> <p>そして、刑罰法規に関し確立していると考えられる判例や所管官庁の公式見解または刑罰法規の解釈運用の職責のある公務員の公の言明に従って行動した場合には相当の理由が認められると解する。</p> <p>本件で、甲は公的機関や法律職の勤務経験は皆無であるホスト仲間から聞いた話を根拠に自己の行為が自殺関与罪にしかならず、殺人罪に該当しないと考えているに過ぎない。そうすると、相当の理由が認められないことは明らかである。</p> <p>よって、甲の故意が阻却されない。</p> <p>第4 以上のとおり、甲に殺人未遂罪が成立する。</p> <p>以上</p>
--	---

2021年1月10日

担当：弁護士 横山賢司

# 予備試験答案練習会(刑法Ⅱ)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
<b>殺人未遂罪の構成要件該当性の成否</b>	(30)		
甲がVの行為を利用していることについての問題提起		4	
間接正犯の実行行為性の要件等の検討		6	
①間接正犯意思の検討		4	
②被利用者を支配・利用していたかなどの検討 a. 甲はVを服従させていたこと(2点) b. 犯行時にも暴行・脅迫を加えて精神的に追い詰めていたこと(2点) c. 甲の命令に従う以外に選択肢がないと思っていたこと(4点) d. 甲がVの行為を利用して殺人の行為を行っていたこと(2点)		10	
Vは甲の命令に従っていたので道具性が否定される可能性があることの指摘と反論		2	
本件ではVが死亡せず、未遂であることの指摘		2	
甲の認識と実際の犯行が異なるので故意が認められるかの検討		2	
<b>違法性阻却事由の成否</b>	(3)	3	
<b>責任阻却事由の成否</b>	(7)		
法律の錯誤(あてはめの錯誤)の指摘等		3	
甲のあてはめの錯誤に相当の理由が認められるかの検討		4	
<b>裁量点</b>	(10)	10	
<b>合計</b>	(50)	50	

# 刑法Ⅱ 解説レジュメ

## 第1. 刑法の「基本的理解」とは

刑法の「基本的理解」とは、「構成要件→違法性→責任」という犯罪成立要件の検討方法の順序を意識して事案処理が行うことを理解していることである。

特に、構成要件の該当性について

「実行行為→結果→因果関係→構成要件の故意→主観的超過要素」

という順序で事案処理を行うことを理解し表現できていることが重要である。

実行行為は実行の着手により始まるところ、いつの時点で実行の着手が始まっているのか、事案処理を行うときには常に意識する必要がある。

今回は、刑法総論の問題を中心に出题することで、事案処理における刑法の基本的理解が身につけているかを問う問題である。

## 第2. 出題の趣旨

本問は、甲がVの行為を利用して、Vを死亡させる現実的危険性を生じさせたことを中心に、甲がVの意思を制圧していたと誤信したこと、Vは甲の命令に従って海に飛び込むことを決意していること、甲が自殺関与罪しか成立しないと思っていたことについて甲の罪責に関する論述を求めるものである。

甲がVの行為を利用してVに死に至る現実的危険性を生じさせたことについては、他人の行為を利用した場合の実行行為性の問題、いわゆる間接正犯の成否が問題となる。

また、甲がVの意思を制圧していたと誤信したことについては、甲が認識していた事実と発生した事実が異なるため構成要件の故意が認められるか検討する。

さらに、Vが海に飛び込むことを決意していることについては、Vの同意が認められ違法性が阻却されるかについて検討する。

そして、甲が自殺関与罪しか成立しないと思っていたことについては、いわゆるあてはめの錯誤について検討する。

以上のように、甲の罪責について多岐にわたる論点が存在するので、どの事実がどの問題に関する事実なのか、を的確に分析するとともに、刑法の事案処理の理解と具体的事例への当てはめが論理的一貫性を保って行われていることが求められる。

## 第3. 事案の概要

本問では、甲は、Vを事故死に見せかけて生命保険金を入手しようと計画したところ、A漁港において甲に恐怖心を抱いていたVに対して、死亡させる意図をもって車ごと海に飛び込むように命令するなどして、自殺する意思のないVに車ごと海に飛び込む以外に生きる選択肢がない状態にした上で、Vをして車を運転させて車ごとA漁港の岸壁上から海に転落させて、Vを殺害しようとしたが、Vが車から脱出したために、Vを死亡させるに至らなかった。

## 第4. 他人の行為を利用した場合の実行行為性（いわゆる間接正犯の問題）

### 1. 問題の所在

本件では、甲は、Vに命令して、Vに自ら死亡させるように仕向けて、Vに死亡する危険性のある「車ごと海に飛び込む」という行為をさせている。

そこで、甲が自ら行為によってVを殺害しているのではなく、Vという他人であり被害者の行為を利用して、Vに死に至る現実的危険性のある行為をさせているので、本件では、間接正犯の成否が問題となるのである。

特に、本件では、被利用行為者であり被害者であるVが「死亡する危険性があることを認識」して「甲の命令に従って車ごと海に飛び込む以外にこの状況を逃れる選択肢はないと思うに至り、車ごと海に飛び込んで」いるので、完全に意思が制圧されていない状態とも評価できることを踏まえて甲がVを一方的に支配・利用しているのかを検討する必要がある。

### 2. 間接正犯による実行行為性の成立要件

実行行為は、行為者自らの手で行われるのが通常である（直接正犯）。しかし、他人を自己の意のままに使う、その動作や行為をあたかも一種の道具として自己の犯罪に利用する場合には、規範的な評価の問題としては、自ら手を下してその実行行為をしたのと同じに考えることができる（道具理論）。

このように他人を道具として利用し、実行行為を行う場合を間接正犯という。

そして、間接正犯が成立するための要件としては次の要件が成立することが必要である。

- ①行為者は、故意のほかにも他人を道具として利用しながらも特定の犯罪を自己の犯罪として実現する意思を有していること
- ②行為者が、被利用者の行為をあたかも道具のように一方的に支配・利用し、被利用者の行為を通じて構成要件的行為の全部または一部を行ったこと

※上記①と②を「①行為者の利用行為と被利用行為とが間接正犯意思によって統一され、②全体として行為者の実行行為と認められる事実がなければならない」と言い換えることもある。

### 3. 間接正犯の類型

#### (1) 被利用者の行為が、刑法上の行為とはいえない場合

行為者の身体の動静が刑法上行為と認められるためには、それが行為者の意思によって支配されまたは支配可能なものでなければならない。

下記の二つの場合には、いずれも被利用者の身体の動静は、被利用者によって意思支配可能であると認めることができない。このような形態は最も典型的な道具であるということができよう。

#### ア 被利用者が意思能力を欠いている場合

被利用者が意思能力を欠いている場合、すなわち是非弁識能力を全く書いている場合には道具性が認められる。たとえば、高度の精神病患者や幼児を利用した場合がこれに該当する。

#### イ 被利用者が意思を抑圧されている場合

意思能力があっても、被利用者が利用者によって意思を抑圧されて犯罪を行った場合には、やはり当該犯行（行為）は被利用者の意思支配可能であったとはいえないから、厳密な意味での刑法上の行為とはいえない。

他方で、利用者が被利用者に対して強制を加えても、被利用者が現に意思を抑圧されなければ間接正犯は成立せず、教唆犯が成立するにとどまる。

(2) 被利用者が一定の主観的構成要件要素を欠いている場合

下記の二つの類型のように被利用者が一定の主観的構成要件要素を欠いている場合には、被利用者には自己の行為が特定の犯罪を構成するという認識がないのであるから、これもまた利用者の道具になっていることは明らかとなる。

ア 被利用者が構成要件の故意を欠く場合

例えば、犯人が被害者を殺害させるために毒入りの菓子に入った小包を郵便で被害者宅に送り付けた場合には殺人の故意を欠く郵便配達人を利用した殺人の間接正犯が成立する。

イ 目的犯において、被利用者が目的を欠く場合

目的犯に必要とされる目的のない被利用者には、上記アの場合と同様に自己の行為が犯罪を構成するという認識がないのであるから道具というべきである。例えば、教材用と称して行使の目的を欠く印刷業者に偽札を作らせる場合などが該当する。

(3) 被利用者の行為は構成要件に該当するが、正当行為等の理由により、違法性を欠く場合  
被利用者の行為が構成要件に該当し、実行行為といえる場合にも、被利用者の行為が正当行為又は緊急行為等の理由により違法性を阻却させる場合には、被利用者は事故の行為が犯罪を構成するという認識がないのであるから、道具と認められる。例えば、医師に治療行為としての麻酔注射を必要であると誤信させて、自己に麻酔注射をさせた事例が該当する。

#### 4. 本件の検討

(1) 本件における問題点

本件は、上記「3. 間接正犯の類型」に分類するとすれば「被利用者が意思を抑圧されている場合」に該当すると思われる。

ところが、本件では「Vが自殺する意思はなく、生存するために他の選択肢がなく死の危険を承知で海に転落しようとしている」いるので、完全に意思が制圧されていない状態とも評価できるので、被利用者であるVを道具と評価することができるのか、が問題となる。

(2) 最高裁の判例での判示

この点につき、本件のモデルとなった最高裁判決では次のように判示している。

「被告人は、(中略)被告人を極度に畏怖して服従していた被害者に対し、犯行前日に、漁港の現場で、暴行、脅迫を交えつつ、直ちに車ごと海中に転落して自殺することを執ように要求し、猶予を哀願する被害者に翌日に実行することを確約させるなどし、本件犯行当時、被害者をして、被告人の命令に応じて車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない精神状態に陥らせていた」「被告人は、以上のような精神状態に陥っていた被害者に対して、本件当日、漁港の岸壁上から車ごと海中に転落するように命じ、被害者をして、自らを死亡させる現実的危険性の高い行為に及ばせたものであるから、被害者に命令して車ごと海に転落させた被告人の行為は、殺人罪の実行行為に当たるといふべきである。」(以上、引用おわり)

つまり、最高裁は、被告人が被害者の意思を完全に制圧していなかったとしても、犯行以前から被害者を恐怖によって支配し、死亡する危険を覚悟の上で被告人の命令によって海に飛び込む以外に選択肢がない精神状態に被害者が追い込まれていたときには、被害者である被利用者の行為を道具と認めて、被告人の行為を殺人罪の実行行為と認めている。

### (3) 本件の検討

そこで、本件の事情をみると、「Vは、甲の命令に応じて自殺する気持ちはなかったが、本件犯行現場でさらに暴行を加えられ、甲に対する恐怖の気持ちがさらに強くなり精神的にも追い詰められていた。ついに、甲の命令に従って車ごと海に飛び込む以外にこの状況を逃れる選択肢はないと思うに至り、車ごと海に飛び込んで生き残る可能性にかけ、死亡を装って甲から身を隠そうと考えた。」という事情が存在する。

上記の最高裁判所の判決と同様に、甲はVを恐怖によって支配し、死亡する危険を覚悟の上で、甲の命令に従って海に飛び込む以外の選択肢がない精神状態に追い詰めて、Vに命令して、死亡する危険のある海に車ごと飛び込ませているのである。

したがって、甲の行為に殺人罪の実行行為が認められるのである。

#### ※ 参考裁判例（最判平成16年1月20日（刑集51巻1号1頁））

「被告人は、事故を装い被害者を自殺させて多額の保険金を取得する目的で、自殺させる方法を考案し、それに使用する車等を準備した上、被告人を極度に畏怖して服従していた被害者に対し、犯行前日に、漁港の現場で、暴行、脅迫を交えつつ、直ちに車ごと海中に転落して自殺することを執ように要求し、猶予を哀願する被害者に翌日に実行することを確約させるなどし、本件犯行当時、被害者をして、被告人の命令に応じて車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない精神状態に陥らせていたものということができる。被告人は、以上のような精神状態に陥っていた被害者に対して、本件当日、漁港の岸壁上から車ごと海中に転落するように命じ、被害者をして、自らを死亡させる現実的危険性の高い行為に及ばせたものであるから、被害者に命令して車ごと海に転落させた被告人の行為は、殺人罪の実行行為に当たるといふべきである。」

## 5. 間接正犯以外の構成要件該当性に関する問題

### (1) 犯行の未遂

上記の甲の行為によって、Vは海に車ごと飛び込んだものの、幸いなことに車から脱出することができたために、死亡するに至らなかった。

したがって、本件では、殺人罪の未遂になる。

### (2) 構成要件の故意の成否

本件では、甲は、暴力によりVの意思を制圧したため、Vが自分の命令に従ったと思いい、Vが自殺する意思はなく、生存するために他の選択肢がなく死の危険を承知で海に転落しようとしているとは思ってもいなかった。

甲の認識した事実と異なる事実により結果は発生しているため、甲に殺人罪の故意が認められるか問題となる。

もっとも、回答例においても書いている通り「甲の認識と事実との間には、Vに対して死に至らせる現実的危険性を生じさせる行為を行わせている点について認識に食い違いはない。」ので、甲に殺人罪の故意が認められる。

## 第5. 違法性阻却事由の検討

甲の命令に従って死亡する危険性があることを認識して、海に転落することを決意していることからVの承諾があり違法性が阻却されるか、問題となる。

しかし、最高裁の判例（昭和33年11月21日判決）では「真意に添わない重大な瑕疵ある意思であることが明らか」な自殺の意思については自殺意思として有効ではないと判断している。

本件では、甲による暴行・脅迫によって甲の命令に従って死亡する危険性があることを認識して、海に転落することを決意しているものであり、真意に添わない重大な瑕疵ある意思であることは明らかな事例なので、同意があったと認められず違法性は阻却されない。

※参考裁判例（昭和33年11月21日（刑集12巻15号3519頁））

「本件被害者は自己の死そのものにつき誤認はなく、それを認識承諾していたものであるが故に刑法上有効な承諾あるものというべく、本件被告人の所為を殺人罪に問擬した原判決は法律の解釈を誤った違法があると主張するのであるが、本件被害者は被告人の欺罔の結果被告人の追死を予期して死を決意したものであり、その決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思であることが明らかである。そしてこのように被告人に追死の意思がないに拘らず被害者を欺罔し被告人の追死を誤信させて自殺させた被告人の所為は通常の殺人罪に該当する」

## 第6. 責任性阻却事由の検討

### 1. はじめに

本件では、あてはめの錯誤につき検討することが必要であるが、実務・多数説によれば明らかに責任故意（または責任）が阻却されない事例であり、大々的に論じる必要はない。

しかし、あてはめの錯誤をはじめとする法律の錯誤については、学説上において責任の本質論と関わる重要な問題として取り扱われている。

ゆえに、本件では重要な問題点ではないものの、あてはめの錯誤を論じる前提として法律の錯誤の処理に関連して現在の実務・多数説の考え方をある程度詳しく論じる。

### 2. 違法性の意識と法律の錯誤の処理に関する実務・多数説の考え方

そもそも、責任は、違法行為をしたことについて、その行為者を非難し得ること、すなわち行為者に対する非難可能性である。

行為者に対して違法行為を行ったことに対する非難が可能と言えるためには、その前提として、そもそもその行為者が適法行為を期待すること自体が可能であったことが必要である（適法行為の期待可能性）。

このような責任の本質にかんがみれば、同じく犯罪事実を認識・任用しながら違法性の意識を喚起されないまま悪に踏み切った場合とでは、確かに事実としては質的な差があるにしても、行為の非難可能性の評価の面からみると、良心の抑止の形成が現実可能な状況（違法性の意識の可能性が認められる状況）にあったという点では、同じであるから両者に本質的な違いはない。

むしろ、良心の抑止力を形成すべき現実かつ直接の機会が与えられない場合（違法性の意識の可能性が認められない場合）にこそ、行為者が適法行為を期待することができないのであり、行為者に対する非難可能性は否定される。

そうすると、違法性の意識そのものは犯罪の成立要件ではないが、違法性の意識の可能性すらなかった場合、すなわち違法性の意識を欠いたことにつき相当の理由がある場合には責任故意（または責任）が阻却されると解すべきである。

そして、上記の違法性の意識の可能性を犯罪成立要件とする説を前提にするのであれば、法律の錯誤について、その事情の下では行為を違法でないと思えるのが全く無理もない場合、つまり、違法性の意識を欠いたことにつき相当な理由がある場合にのみ責任故意（または責任）が阻却されることになる。

### 3. 法律の錯誤の種類

行為者が錯誤によって違法性の意識を欠いていた場合を法律の錯誤という。客観的に見れば当該行為は違法であるにもかかわらず、行為者が錯誤によって自分が悪いことをしていると思わなかった場合である。

法律の錯誤は二つの原因のいずれかにより生じると言われている。

#### ①法律の不知

刑罰法規が自己の行為を禁止していること自体を知らないか、または忘れていたために、自己の行為を許されないものと思わなかった場合

#### ②あてはめの錯誤

刑罰法規の解釈を誤った結果、自己の行為は許されていると誤信した場合

相当の理由があったか否かについては、上記①②の各場面でそれぞれ異なるので、分けて検討する必要がある。

### 4. 法律の錯誤の効果

行為者に法律の不知またはあてはめの錯誤があった場合、どのような効果を生じるか。

現在の学説の多数説（判例の傾向）である違法性の意識可能性必要説の立場では、違法性の意識を欠いても原則として責任故意（または責任）は阻却されない。しかし、違法性の意識を欠いていたことにつき「相当の理由」がある場合には責任故意（または責任）が阻却されると解されている。

そこで、本件で、あてはめの錯誤に陥っている甲に違法性の意識を欠いていたことについて「相当の理由」があるかを検討することになる。

### 5. あてはめの錯誤における相当の理由

では、あてはめの錯誤ではどのような場合に相当の理由が認められるのか。

あてはめの錯誤では「刑罰法規に関し確立していると考えられる判例や所管官庁の公式見解または刑罰法規の解釈運用の職責のある公務員の公の言明などに従って行動した場合ないしこれに準ずる場合など」に限られると解されている。

### 6. 本件の検討

甲は、公的機関や法律職の勤務経験は皆無であるホスト仲間から聞いた知識に基づいて、「自分はVに自殺を命令したに過ぎないのであるから自分の行為は自殺関与罪に該当し、殺人罪に該当しない」と考えていたにすぎない。

上記3のように所管官庁の公式見解または刑罰法規の解釈運用の職責のある公務員の公の言明に基づいているわけではないので、甲に違法性の意識を欠いていたことについて相当の理由があるといえないことは明らかである。

以 上

2021年1月10日

担当：弁護士 横山賢司



# 表

試験科目	試験地
刑法	明治大学

# 最優秀答案

# 45

## 刑法 1 頁

1. (1) 甲は、Vに対しA漁港の岸壁上から車をごと海中に飛び込込方法を示し、~~Vに~~<sup>(その通り)</sup>飛び込込よう命令した。Vはこれを受け入て、海中飛び込込ことを決意し、A漁港岸壁上から海中に車をごとにも転落した。甲は、Vを~~殺~~教唆して自殺させ(刑法(以下法律略)202条前段)とした。甲の当該行為につき、甲に自殺罪(刑法(以下法律略)202条前段)が成立し、Vの行為が自殺といえるか問題となる。

(2) 「自殺」とは真意が、自らの自由意思に基づき自らの生命を絶つ行為をいふ。自殺といふには、真意が、自らの自由意思の存在が要求される。解すべきである。

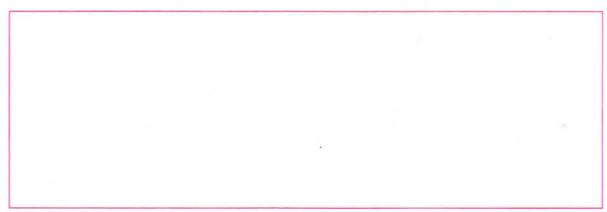
(3) 本件では、甲は、Vに対し、毎日毎日のように激しい暴行、脅迫を加えて強い強怖心をVに抱かせて服従させてお~~き~~<sup>し</sup>、このような甲V間の関係上、甲の命令は絶対的で、Vがその意思に反することは困難といえる。このような状況下で甲は、Vに対し、A漁港の岸壁上から車をごと海中に飛び込込ことを命令し、Vが命令を拒むとVの顔面を拳で殴り、その拳で殴打するの暴力をまか~~し~~<sup>せ</sup>、Vに強怖心をさせ、Vに抱かせて、精神的に~~追~~<sup>追</sup>いつめて飛び込込を~~強~~<sup>強</sup>迫している。現にVは~~精神的に追いつめられ~~<sup>(この行為で)</sup>精神的に追いつめられ~~た~~<sup>た</sup>り、その末、最終的に飛び込込を決定しているところ、~~この時~~<sup>この時</sup> Vは、甲の意思に反して行為の余地はなく、飛び込込の決定は真意かつ自由意思に基づくといえる。よ~~う~~<sup>う</sup>に、Vは死を覚悟して身を甲から隠す意思で飛び込込もうと考えているから、その限りでは、真意かつ自由意思はあると認め~~ら~~<sup>(15)</sup>る。後述するように、





※

	A	B	C
--	---	---	---



23 <sup>飛び込み自体</sup> 死の危険が高い行為を自ら行うように、<sup>予断がなされ、それを</sup> 169条の状況に甲は自ら追いつく  
24 ために、~~甲~~ 未の決定である以上、およそ、真意の自由意思  
25 があるとは言えない。

26 (4) よって、~~自決~~ Vの行為は自殺にあたりない。

27 (5) したがって、甲に自殺罪と罪は成立しない。

28 2.(1)では、甲の<sup>行為</sup>行為について、甲に、殺人未遂罪(≠203条、  
29 199条)が成立しないか。

30 (2)ア殺人の実行行為について、甲は、Vに前述のように飛び込みを  
31 強<sup>(強)</sup>制<sup>(強)</sup>しているところ、<sup>(間)</sup>間接正犯として、殺人の実行行為が認められ  
32 ないか。間接正犯の実行行為性がどのような場合認められるか  
33 問題になる。

34 イ、<sup>(正犯の処罰根拠地)</sup> 間接正犯が正犯として処罰されるのは、<sup>法本</sup>法本実行行為、持ちこたえ、<sup>法益侵</sup>法益侵  
35 害<sup>とあるところ</sup>起の現実的危険性<sup>とあるところ</sup> ~~とあるところ~~ <sup>とあるところ</sup> 間接正犯でも同様に危険性  
36 はあるからである。そして、①利用者の正犯意思、②客観的に利用者の  
37 実行行為があるといえる。(i) <sup>(ここ)</sup> 利用者による一方的な<sup>(ここ)</sup> 間接利用  
38 者の支配、(ii) 利用行為の法益侵害の現実的危険性があるが、  
39 法益侵害<sup>(あるところ)</sup> 起の~~現実的~~ <sup>(あるところ)</sup> 現実的危険性が、<sup>(といての殺人)</sup> 間接正犯~~でも~~ <sup>(といての殺人)</sup> 実行行為  
40 が認められると解釈できる。

41 ウ、(ア) 甲は、Vを車ごと海中に転落させて死させようとしており、<sup>(自らの犯罪にて)</sup> 殺人  
42 行為<sup>(とあるところ)</sup> ~~行為~~ 認識<sup>(とあるところ)</sup> 決意<sup>(とあるところ)</sup> している(①)、前述のように、甲は暴力、脅迫  
43 により、<sup>(Vを強迫)</sup> Vが甲に逆らうことを困難にしている、甲による一方的なV  
44 の支配が認められる(ii)、本件現場の海は、水深、水温など





き進めてください。なお、解答欄の枠外（着色部分及びその外側の余白部分）に記載した場合には、当該部分は採点されません。  
 インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限り、）で記載することとし、これ以外で記載した場合には無効答案として零点  
 合は斜線で、1行の場合には横線で消して、その次に書き直してください。  
 は、表が白紙のときは「裏に記載」、それ以外のときは「裏から記載」とだけ、試験時間中に表の解答欄に記載してください（試験時  
 所される記載のある答案は無効答案として零点となります。

67 久 本件では、甲はVから得た名簿で、~~殺人~~ 自殺関与界に該当する  
 68 と考えているから、殺人について規程の範囲で批難できるともいえる。  
 69 161. Vは、公的機関や法律職の勤務経験はなく、そのような者の法律上の  
 70 助言は、通常、一般人から<sup>その正当性</sup>得た何ら信頼のおけるものではなく、違法性の認  
 71 識可能性はなおある。  
 72 エ よて、~~殺人~~の故意は阻却されない。  
 73 (4) 以上より甲に殺人未遂罪が成立する。

以上

刑  
法  
4  
頁

(添削者のコメント)

1. 1 ページ目 1 行目

本件では、殺人罪（未遂罪）が成立すれば自殺教唆罪を論じる必要はありません。刑法百選各論 No1 の論点に引きずられて記載しているようにみえます。

2. 間接正犯のところはよくかけています。

3. 3 ページ 5 3 行目

結果の不発生について構成要件で触れられていることは大変素晴らしいです。

4. 3 ページ 6 2 行目

「相当の理由」について規範で触れられていればよかったです。

また、違法性の錯誤については責任阻却事由のところ論じるのが実務・通説になります。その点についてはレジュメや基本書で復習しておいてください。

5. まとめ

全体的に良くかけています。

ただし、自殺教唆罪と殺人の論点は冒頭に書いていると論点に飛びついているような印象をうけます。あえてこの論点を触れるのであれば違法性阻却事由のところ死亡することについての同意があったのかという点で触れることができると思います。

本件では、甲の認識と発生した事実の錯誤が生じて構成要件的故意も問題となりえますので、その点も触れていただければさらに良かったです。

この調子で頑張ってください。

(添削担当 横山)

## 最優秀答案

回答者 KN 45点

1.

(1) 甲は、Vに対しA漁港の岸壁上から車ごと海中に飛び込む方法を指示して、その通り飛び込むよう命令した。Vはこれを受け入れて、海に飛び込むことを決意し、A漁港岸壁上から海中に車もろとも転落した。甲は、Vを教唆して自殺させ（刑法（以下法律名略）202条前段）たとして、甲の当該行為につき、甲に自殺関与罪（202条前段）が成立しないか。Vの行為が自殺といえるか問題になる。

(2) 「自殺」とは真意かつ自らの自由意思に基づき自らの生命を絶つ行為をいう。すると自殺というには、真意かつ自らの自由意思の存在が要求されると、解すべきである。

(3) ア. 本件では、甲は、Vに対し、ほぼ毎日のように激しい暴行、脅迫を加えて強い恐怖心をVに抱かせて服従させている。このような甲V間の関係上、甲の言葉は絶対的で、Vがその意思に反することは困難といえる。このような状況下で甲は、Vに対し、A漁港の岸壁上から車ごと海中に飛び込むことを命令し、Vが命ごいをするとVの顔面を平手で殴り、その手拳で殴打する等の暴力を加え、Vに恐怖心をさらに抱かせ、精神的に追いつめて飛び込みを執拗にせまっている。現にVはこれらの行為で精神的に追いつめられて、最終的に飛び込みを決意しているところ、Vには、甲の意思に反して行動する余地はなく、飛び込みの決意は真意かつ自由意思に基づくとは言えない。

イ. 一方確かに、Vは死亡を装って身を甲から隠す意思で飛び込もうと考えているから、その限りで、真意かつ自由意思はあるとも思える。しかし後述するように、飛び込み自体死の危険が高い行為であり、それを自ら選ぶしかない状況に甲により追いやられたための末の決意である以上、およそ、真意かつ自由意志があったとは言えない。

(4) よって、Vの行為は「自殺」にあたらぬ。

(5) したがって甲に、自殺関与罪は成立しない。

2.

(1) では、甲の当該行為について、甲に、殺人未遂罪（203条，199条）が成立しないか。

(2) ア. 殺人の実行行為について、甲は、Vに前述のように飛び込みを強制してVを飛び込ませているところ、間接正犯として、殺人の実行行為が認められないか。間接正犯の実行行為性がどのような場合認められるか問題になる。

イ. 間接正犯が正犯として処罰されるのは、正犯の処罰根拠が実行行為、すなわち、法益侵害惹起の現実的危険性にあるところ、間接正犯でも同じ危険性はあるからである。そして、①利用者の正犯意思、②客観的に利用者の実行行為があるといえること、具体的には（i）利用者による一方的な被利用者の支配、（ii）利用行為の法益侵害の現実的な危険があれば、法益侵害惹起の現実的危険性が、あるとして間接正犯としての殺人の実行行為が認められると解すべきである。

ウ. (ア) 甲は、Vを車ごと海中に転落させて死亡させようと考えており、自らの犯罪として殺人をすることを認識認容をしている（①）、前述のように、甲は暴力、脅迫により、Vを服従させVが甲に逆らうことを困難にしており、甲による一方的なVの支配が認められる（ii）。本件現場の海は、水深、水温などの状況から車ごと飛び込めば、脱出する意図が運転者にあつた場合でも車からの脱出に失敗する危険性は高かった。仮に脱出に成功したとしても、心臓や脳の機能障害、運動機能低下から死亡する危険性は極めて高いものであった。すると、VのA漁港の岸壁上から海中に車もろとも転落する行為は、Vの生命を害する現実的危険があるものであった（ii）。すると、客観的に利用者甲による殺人の実行行為といえる。

エ. よって、「人を殺」す、すなわち殺人の実行行為が認められる。

(3) Vは、当該行為後、車が水没する前に運転席のドア窓から脱出し、港内停泊中の漁船に泳いでたどりつき、はい上がって死亡を免れたから、「未遂（203条）」にあたる。また、甲は、Vが当該行為で死亡することは認識認容している（構成要件的故意）。

(4) ア. ところで、甲は、ホスト仲間から、Vを自殺させても自分は殺人罪にならないという知識を得、Vに命令したにすぎない甲には自殺関与罪が成立すると考えていた。甲には犯罪事実の認識認容に欠けるところがあり

自己の行為が違法でないと錯誤したとし、法律上の錯誤（38条3項本文）から、故意は阻却されないか。

イ. 故意責任の本質は、規範に直面しつつあえて行為をしたことへの、道義的非難である。規範に対し無関心な人格的態度という点で、違法性の認識がないことへも道義的非難がなしうる。よって、法律上の錯誤で故意は阻却されない。もっとも、違法性の認識可能性がない場合は、規範に直面せず道義的非難をし得ないから、例外的に、故意が阻却される。

ウ. 本件では、甲はVから得た知識で、自殺関与罪に該当すると考えているから、殺人について規範に直面せず批難できないとも思える。

しかし、Vは、公的機関や法律職の職務経験はなく、そのような者の法律上の助言は、通常、一般人からみてその正確性につき何ら信頼のおけるものではなく、違法性の認識可能性はなおある。

エ. よって、故意は阻却されない。

(4) 以上より甲に殺人未遂罪が成立する。

以 上

# 採点講評

(2021年1月10日 刑法Ⅱ)

今回は本試験でも問われている刑法の基本的理解にそって事案処理が行えているか、事案処理の表現ができていないか、について判例百選に掲載されている事案をもとにして本問を出題した。

判例百選で掲載されている事件を基にした事例であったためものの苦戦している答案が多いという印象であった。

特に本件で甲に間接正犯が成立するかという点に気づくことができず、自殺教唆と殺人の区別の論点に飛びついてしまっている答案が多かった。

論点を探す視点で問題の検討を行うと、本試験で何を書いてよいかわからなくなってしまうことも多々あるため、今回の出題を機に論点を探すのではなく刑法の基本的理解にそって事案処理を行うような姿勢に転換してほしいと思う。

他方で、今回の高得点者は刑法の基本的理解に従って事案処理できている印象であった。また、本件で触れてほしいメインの問題点である甲の間接正犯の成否やあてはめの錯誤に関する論述だけでなく、他の犯罪成立要件についても指摘がなされており刑法の基本的理解にそって事案処理ができていることがきちんと表現できていた。

続いて個別の事案について検討する。

本件では、甲の殺人未遂罪の成否について問うているが、冒頭から甲に自殺教唆罪が成立するか検討する答案が極めて多かった。本件でのVは自殺するつもりはないのであり自殺教唆罪が成立しないことは明白である。また、甲に殺人未遂罪が成立してしまえばもはや自殺教唆罪を論じる必要はない。このように冒頭から自殺教唆罪の成否について論じている答案は明らかに刑法判例百選各論No.1で取り上げられている判例の論点に引きずられて論じていると思われ、採点する側としては論点に飛びついている姿勢が受け取れて印象が悪かった。

また、本件では、甲は自らの手でVを死亡させる危険のある行為を行っておらず、Vに命令してVが自ら死亡する危険のあるような行為を行わせるようにしている。

そこで、本件では、甲に殺人の実行行為が認められるのかについて問題となり、実行行為性の問題として間接正犯の成否を論述する必要があった。

しかし、多数の答案が間接正犯の成否について気づいていたとしても実行行為性に関する問題であると思わず、独立した構成要件に関する問題として論述しており、刑法の基本的な知識が不足していると疑わせる答案があった。

さらに、あてはめの錯誤（違法性の錯誤）については、故意阻却される場合に犯罪成立要件の何が阻却されるのかについて指摘できていない答案が多かった。違法性の錯誤（あてはめの錯誤含む）は実務・通説では責任阻却事由の問題として処理される。しかし、あてはめの錯誤を構成要件的故意のところ論じている答案も多く、違法性の錯誤について正確な理解が不足していると感じられることが多かった。

司法試験では、判例百選掲載判例について正確な理解が求められるところ、本件は百選掲載判例の事案をそのまま問題にしている。

本件で題材となった百選掲載判例について、どの構成要件で論じられているのか、どの犯罪成立要件で問題があるのか、を意識しながら良く復習して欲しい。

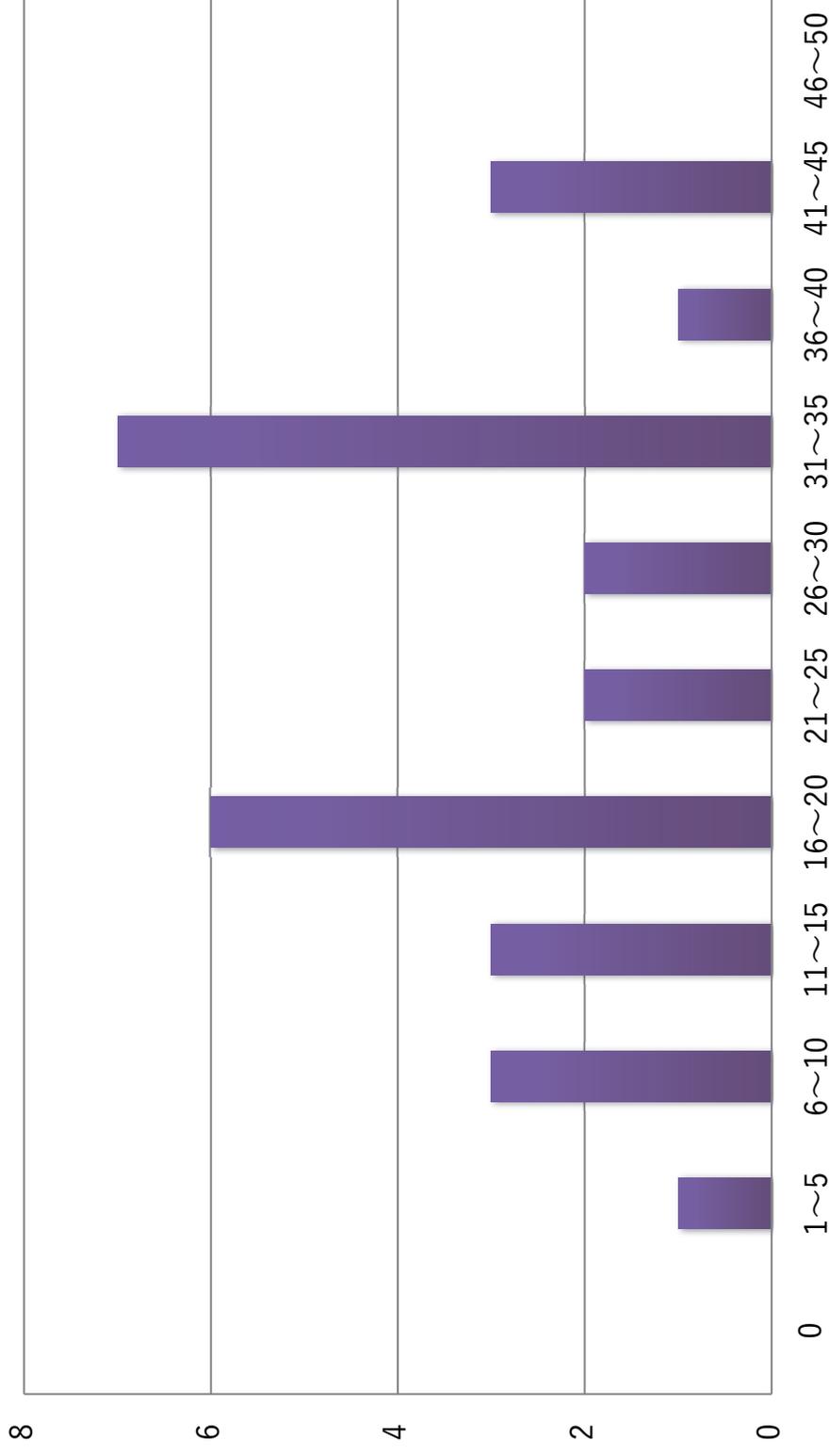
以 上

# 司法試験予備試験答案練習会 2020年1月10日分 得点分布表

刑法Ⅱ

出席者 28名 平均点 24.4点

(人数)



(得点)

分布	人数
0	0
1~5	1
6~10	3
11~15	3
16~20	6
21~25	2
26~30	2
31~35	7
36~40	1
41~45	3
46~50	0