

論文式試験問題集
[刑法 I]

[刑法 I]

事例を読み、甲の罪責を論じなさい（特別法違反の点を除く）。

【事例】

1. 甲（40歳、男性）には、12歳の息子Aがいた。甲は、もともと子を欲しいとは思っておらず、Aのことを疎ましく思っていた。日ごろから、Aに対して、何か気に入らないことがあるとAを怒鳴りつけたりしており、暴力を振るうこともあった。また、Aが言うことを聞かないなど甲に逆らおうとすると、平手打ちをするなどの暴行を加えて、言うことを聞かせたり、指示に従わせていた。こうしたこともあり、Aは甲のことを怖がっていた。
2. 甲は、Vが経営するスナック（以下、「本件店舗」という。）で2年ほど勤務をしていた。甲は、生活費に窮するようになり、金銭を得ようと考え、本件店舗から売上金を取ってしまうことを考えた。もっとも、甲はVに顔や声を知られていることから、Aに行かせることとした。そこで、甲は、Aに対して、「Vのところに行って、お金を取ってこい」「映画でやっているように包丁を見せて、金だと言えればいい」と言った。Aは、甲に言われたようなことをしたくなかったことから、「できない」と返答した。しかし、甲は、Aに対し、一度平手打ちをし、「大丈夫。お前は体も大きいから子供には見えないよ」などと説得し、Aに覆面や包丁、紐を渡して本件店舗への強盗を指示命令した。Aは、しぶしぶ納得し、甲に言われたとおりに本件店舗に強盗に行くこととした。なお、Aには是非弁別能力は備わっていた。
3. Aは、甲に指示されたとおりに、本件店舗の営業が終了するところである午前4時ごろに、包丁等をもって本件店舗に赴いた。そして、覆面をして、包丁を右手に持ち、Vが管理する本件店舗に立ち入った。本件店舗内にはVのみがおり、VもAが本件店舗内に入ってきたことに気が付いた。そこで、AはVに近づき、持っていた包丁をAに向かって示して、「金を出せ」などと申し向けた。しかし、Vがすぐには金銭を出そうとしなかったことから、AはVの両手を背後に回して紐で結び、Vが抵抗できないようにした。その上で、包丁を顔当りに突きつけて金銭を要求したところ、Vは売上金がしまっている場所をAに伝えた。Aは、Vが管理していた売上金30万円を持って、本件店舗から逃走した。
4. Aは、家に帰り、甲に本件店舗から持ち去った金30万円を渡した。甲は、その金銭を生活費のほか甲の遊興費に費消した。
5. Vは、被害にあった後、被害を警察に届け出たことから、警察による捜査が始まった。そして、数日後には甲とAが捜査の対象となり、警察官が甲のもとに事情聴取に行くなどした。
甲は、このまま自分とAが捜査の対象となり、取り調べを受ければ、Aが自首してしまい、自分まで捕まってしまうと考えた。しかし、Aさえいなくなってくれば、甲のことも発覚しないと思い、Aに死んでもらおうと考えた。
6. そこで、甲は、Aに対して、「この間お前がやったことが警察にばれている。このままでは俺もお前も大変なことになる。刑務所に入るよりは死んだほうがましだ。一緒に死のう。」と述べ、心中することを伝えた。Aは、突然言われてとまどい、難色を示した。甲は、真実はAと自殺する意思はなかったが、「俺も後から必ず追いかけるから。もし捕まれば死ぬよりも苦しくなるぞ。この紐で首を吊ろう。」と述べた。Aは、捕まった後のことがこわくなり、死んだほうがましかもしれないと思ったことや、甲と一緒に死んでくれると思い、甲と一緒に自殺することを決意した。
そして、Aは、自ら首を吊って死亡した。

2021年12月26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 Aは、強盗目的で本件店舗に立ち入っているが、この行為は、管理権者のVの意思に反する立入りであり、建造物侵入罪（刑法（以下、法名省略）130条前段）の構成要件に該当する。その後、Aは、Vに対して、包丁を示すなどして脅迫しているが、この行為は犯行を抑圧する程度の脅迫であり、脅迫によってVを畏怖させて、本件店舗からVの管理する金銭30万円を持ち去っている。これらの行為は強盗罪（刑法236条1項）の構成要件に該当する。

2 甲は、子であり、まだ12歳のAに強盗を指示命令しているが、Aに強盗を行わせているので、強盗罪の間接正犯の罪責を負うこととならないか。間接正犯の成否が明文なく問題となる。

この点、正犯とは自らの意思で犯罪を実現し、第一次的に責任を負う者である。そして、直接的に構成要件的行為を行わなくても、他人を利用して結果を発生させることは可能である。そうであれば、他人を利用して因果経過を実質的に支配し、犯罪を実現した者も間接正犯として正犯といえることができる。そこで、被利用者について行為支配性を有しており、自己の犯罪として実現する意思を有している場合は、間接正犯が成立すると解する。行為支配性については、被利用者の年齢や利用者との関係、被利用者の発育状況や、被利用者の意思を抑圧するような事情の有無、犯罪行為の複雑さ等を考慮して判断する。

本件では、Aは是非弁別能力はあるものの、まだ12歳であった。また、普段から親である甲に逆らおうとすると、甲から平手打ちを受

けるなどして、指示に従わせられていた。しかし、Aは、甲から強盗を指示命令されたときに、平手打ちをされたものの、それ以上の暴行や脅迫はなく、甲の説得に対して、しぶしぶ納得をしており、Aの意思を抑圧するほどの事情までは認められない。そして、A自身、本件店舗内では、Vに包丁を示すだけでなく、Vの手を縛るなど、甲の指示にない行為まで行い、強盗を完遂していた。こうした本件の事情からすれば、甲がAの行為を支配していたとはいえず、間接正犯の成立は認められない。

3 では、甲に強盗罪の共同正犯（60条）は成立しないか。

まず、60条が一部実行全部责任を認める趣旨は、相互に利用補充し合って犯罪を実現する点にあり、この相互利用補充関係は実行行為を行っていない者にも認められる。60条の文言も、二人以上の者が「共同し」その中の誰かが「犯罪を実行」したときと読むことができる。したがって、共謀共同正犯は認められる。その要件であるが、相互利用補充関係が認められるためには犯罪実現についての意思連絡が必要である。また、正犯となるのであるから、自己の犯罪として実現する意思が必要である。

本件では、甲は、Aに包丁や紐を渡して本件店舗への強盗を指示しており、Aもしぶしぶであるが納得していることから、本件店舗への強盗についての意思連絡が認められる。また、本件店舗への強盗は甲が計画していることや、道具も甲が用意していること、甲はAの親であり優越的な地位であることや、甲がAに指示命令していること、強

取した金銭は甲が費消しており、甲が利益の全てを得ていることという事情を考慮すれば、甲が重要な役割を果たしており、自己の犯罪として実現する意思も認められる。したがって、甲は、強盗罪の共同正犯の罪責を負う。

4 なお、Aは、12歳であり、刑事責任無能力者であるが（41条）、甲に共同正犯を認めることに問題はない。共犯の処罰根拠は、法益侵害の結果ないし危険の惹起に対して因果性を及ぼした点にあり、共犯者の行為が違法性を有している必要はあるが、責任は個別に判断すればよいからである。

第2 Aを死亡させたことについて

1 Aは、自ら首を吊って死亡するに至っているが、甲がAに対して自殺をするように促していた。もっとも、甲は、Aと一緒に死ぬ意思はないにもかかわらず、Aの後から死ぬ旨Aを誤信させてAを自殺させている。そこで、甲は、自殺関与罪（202条前段）ではなく、殺人罪（199条）の罪責を負うのではないか。

2 この点、202条が刑を減刑している根拠は、被害者の同意があることにより、法益の要保護性が減少し、違法性が減少する点にあると解する。法益の要保護性が減少するといえるためには、被害者が真意に基づいて同意する必要がある。そして、被害者が同意をした場合でも、意思決定にあたり重要な影響をもつ錯誤があった場合には、真意に基づく同意とはいえない。

3 本件では、Aは、甲と一緒に死んでくれると思ったから、甲と一緒に

に自殺をすることを決意した、つまり自殺することに同意したのであった。Aは、当初は自殺に難色を示していたが、甲がAと一緒に死ぬと告げて、Aを欺罔した結果、Aが自殺を決意したことからすれば、Aの自殺への同意には、意思決定にあたり重要な影響をもつ錯誤があったといえる。したがって、Aの同意は無効である。

4 甲は、Aと一緒に自殺するものと誤信させ、死ななければもっと苦しくなると告げて、A自ら首をつらせている。甲がAの親であったことも考慮すれば、甲はAの行為を支配していたといえる。また、甲は、Aに死んでもらおうと考えていたのであるから、自己の犯罪として実現する意思も認められる。

甲は、事実関係に錯誤もないのであるから、殺人罪の故意も認められる。したがって、甲は殺人罪の罪責を負う。

第3 罪数

以上より、甲は、①建造物侵入罪及び②強盗罪の共同正犯の罪責と、③殺人罪の罪責を負い、①と②は手段と結果の関係にあるので牽連犯（54条後段）となり、③とは併合罪（45条）となる。

以上

2021年12月26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
(Vに対する行為について)	(25)		
Aの行為につき、建造物侵入罪の構成要件に該当すること		2	
Aの行為につき、強盗罪の構成要件に該当すること		2	
間接正犯の検討のうち、規範定立		5	
間接正犯の検討のうち、あてはめ		4	
共謀共同正犯の規範定立		3	
共謀共同正犯のあてはめ		3	
Aとの共同正犯の成立についての共犯論		4	
罪数		2	
(Aに対する行為)	(15)		
Aの同意の有効性の検討が必要あることの指摘		4	
同意の有効性の検討		6	
間接正犯の検討		5	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

刑法 I 解説レジュメ

第 1. 総論

本問は、他人を利用した犯罪について、間接正犯か共同正犯か教唆犯のどれに該当するか、その検討の順序や考え方を確認してもらいたい問題とした。間接正犯はいくつか類型があるが、本問のような事案は共同正犯との区別でも重要であり、試験でも出題される可能性がある。後半は、被害者の同意についての考え方を確認してもらうものとした。被害者の同意という論点は、適用される犯罪が少なく、あまり出題の可能性は高くはないが、著名な判例もある論点なので、押さえておいてもらいたいところである。

第 2. V に対する犯罪について

- 1 甲は、A に本件店舗に強盗に行くように指示命令し、道具を渡して、強盗に行かせている。そして、A は、本件店舗に強盗に行っているが、A が本件店舗に立ち入ったことが建造物侵入罪の構成要件に該当すること、A の V に対する行為及び V が管理する金 30 万円を持ち去った行為が強盗罪の構成要件に該当することに問題はない。

問題となるのは、A に強盗を指示命令した甲が、間接正犯となるか共謀共同正犯となるか、教唆犯となるかという点である。

- 2 現在の通説及び判例では間接正犯は認められている。そして、刑法の規定の解釈として、基本的構成要件該当性の有無が検討された上で、否定された場合に修正された構成要件の該当性の有無を検討すべきである。本問の素材とした判例（最決平成 13 年 10 月 25 日）でも、先に間接正犯の成否を検討し、間接正犯とならないことを認定した上で共同正犯の成否を検討している。したがって、検討の順序としては、間接正犯が成立しそうな事案であれば、まずは間接正犯を検討し、間接正犯が成立しない場合には、修正された構成要件である共同正犯の成否や教唆犯の成否を検討することとなる。

間接正犯の事案としては、情を知らない者を利用する事案や、本問のように被利用者の意思を抑圧して利用する事案があり、判断が難しいのは後者の事案である。

間接正犯の根拠としては、利用者の行為に犯罪実現の現実的危険性が含まれているという考え方や、結果発生までの因果経過を支配しているという考え方の大きく 2 つがある。いずれにせよ、被利用者を道具のように利用していたということと、正犯というからには利用者が自己の犯罪として実現する意思を有していること、という 2 つの要件が必要となる。

行為支配説からは、被利用者の行為を支配していたことという要件が必要となるが、素材とした判例の調査官解説では、被利用者の年齢・心身の発育状況等、当該犯罪が被利用者にとって是非弁別が難しいものであったか（犯罪の性質・重大性等）、利用者と被利用者との関係、利用者の指示命令が被利用者の意思を抑圧するようなものであったか、犯行時に利用者が被利用者を監視していたか、犯罪実現の上で被利用者の自主的な判断・行動が必要となるものであったか（機械的な動作か、複雑な対応か等）あたりの事情を考慮して判断すると指摘している。

もう一つの要件である、自己の犯罪として実現する意思であるが、この点が問題となった裁判例は見当たらなかった。実際にも他人を利用して犯罪を実現している以上、ほぼ問題とならないと思料される。

3 本問では、甲に間接正犯が成立するかを検討すべきである。甲は、子であり、まだ12歳と幼いAに対して指示命令をしていることや、普段から暴行や怒鳴りつけるなどの行為があったことから、Aの行為支配性を肯定する方向の事情もある。しかし、Aに強盗を指示命令する際には、一度平手打ちをしているものの、説得もしており、Aの意思を抑圧するほどの態様ではなかったと見るのが相当である。また、A自身、Vに対して、Vの両手を縛るなど、甲の指示にはなかったことを現場で行っている。こうした事情からすれば、Aは甲に行為を支配されていたとまではいえず、間接正犯は成立しないと結論が相当である。

4 本問のような事案で間接正犯が成立しないときは、共謀共同正犯の成立を検討することとなる。共謀共同正犯の検討をする際には、刑法60条は自ら実行行為を行わない者であっても共同正犯となることを論じておき、共同正犯が一部実行全部責任を負う根拠から規範を定めるとよい。共謀共同正犯の成立の要件は、共同して犯罪を実現するのであるから、犯罪についての意思連絡が必要であり、また共犯者の行う犯罪を自己の犯罪として実現する意思(正犯意思)も必要となる。この正犯意思については、意思連絡の内容や役割、共犯者との人的関係、利益の帰属等を考慮して判断する。

本件では、甲はAに強盗を指示命令しており、Aも甲に従っていることから、強盗についての意思連絡は認められる。Vへの強盗は甲が考えたことや道具も甲が用意していること、甲はAの親であり優越的地位にあったこと、強取した金銭は全て甲が利用していることからすれば、正犯意思も認められる。

5 なお、判例では検討されていないが、一応、Aは12歳で刑事責任無能力者(法41条)であるが、Aとの共同正犯を認めることができるかという点も論じておくのがよい。共犯に関する条文では、「犯罪を実行」(法60条、61条)となっているが、責任能力がない場合は、犯罪は成立しないからである。

この点については、一般的な共犯の処罰根拠から論ずればよい。現在の通説では、共犯の処罰根拠は因果的共犯論であり、法益侵害の結果ないし危険を惹起したことに対して直接または間接に因果性を及ぼした点にあると考えられている。そして、法益侵害の結果ないし危険の惹起は、行為が構成要件に該当していれば認められるが、違法性のない行為まで処罰する必要はないと考えられている。一方で、責任については個別的に判断するものと考えられており、実行行為者の行為が有責性を欠く場合でも構成要件該当性と違法性を有していれば、共犯は成立する。

したがって、本問のような事案でも、甲にAとの共謀共同正犯を認めることができる。

第3. Aを死亡させたことについて

1 甲は、Aに死んでもらおうと思い、一緒に死ぬとAを誤信させてAに自殺をさせている。ここでは、甲がAを欺罔して自殺を決意されていることから、甲に自殺関与罪が成立するか、通常の殺人罪が成立するかが問題となる。

202条は199条に比べて法定刑が相当軽くされているが、その根拠は被害者自身が法益を放棄していることにより、つまり法益侵害に同意していることにより、法益保護の必要性(要保護性)が消滅又は減少することにある、その結果、違法性が減少すると言われている。そして、同意の有効要件としては、同意能力があること、強制されていないことや錯誤・不知に基づく同意でないこと、ということが指摘されている。

本問の素材とした判例（最判昭和33年11月21日）では、被害者が死を決意していても、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、と判断して通常の殺人罪の成立を認めている。

考え方としては、202条が法定刑を減刑している根拠を述べ、法益の要保護性が減少する理由から、真意に基づく有効な同意が必要であることを論ずればよい。

なお、傷害罪に関しての被害者の同意については、著名な最高裁判例（最決昭和55年11月13日）がある。

- 2 本問では、Aは甲から一緒に死のうと言われて難色を示しているが、甲と一緒に死んでくれると思ったことから、自殺することを決意している。当初は難色を示していたが、甲と一緒に死んでくれると思ったから自殺を決意していることからすれば、Aが自殺を決意したことには意思決定に重要な影響を持つ点に錯誤があったと認められる。そうすると、Aの自殺の決意は有効なものとするのはできず、甲はAを欺罔して殺害したということになる。

なお、Aを死亡させた行為については、被害者自身を利用した間接正犯と見ることになる。Aの行為支配性については、甲がAの親であり、Aと一緒に死ぬ旨誤信させていることや、死んだほうがましであると告げて、自殺を勧めていることから、Aを甲の意のままに利用したと見ることができる。また、甲はAに甲のためにも死んでもらおうと考えていたのであるから、自己の犯罪として実現する意思も認められる。

- 3 甲は、事実関係に錯誤がないのであるから、故意も阻却されない。仮に、Aが自ら首を吊ったのであり、甲はそれを促しただけであるので自殺関与罪であると考えていたとしても、それはあてはめの錯誤と言われるもので法律の錯誤であるから、故意は阻却されない（法38条3項）。

【参考裁判例・文献】

- ・講義刑法学・総論【第2版】 井田 良 著
- ・刑法講義総論【新版第5版】 大谷 實 著
- ・最新重要判例250刑法【第12版】 前田雅英・星周一郎 著

以 上

2021年12月26日

担当：弁護士 森田悟志