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，本件店舗の営業が終了するころである午前４時ころに，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，包丁を顔当た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ある場所を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が自白してしまい，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，甲が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うことができる。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条が一部実行全部責任を認める趣旨は，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，甲が一緒に死んでくれると思ったから，甲と一緒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に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に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	

2021年12月26日

担当：弁護士　森田悟志

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と，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の結論が相当である。

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，甲が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，甲が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見ることはできず，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に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

最優秀答案

回答者　M.Y.　３０点

刑法Ⅰ

第１　甲がＡに本件店舗に侵入させ３０万円を強奪させた行為

１　上記行為について、建造物侵入罪（１３０条前段）・強盗罪（２３６条１項）の間接正犯もしくは共同正犯（６０条）の成立が考えられる。しかし、甲は実行行為を行っていないため正犯Ａの行為の構成要件該当性から検討する。

（１）　Ａは強盗目的で本件店舗に立ち入っている。かかる行為は、Ｖが管理する「建造物」たる本件店舗に管理権者Ｖの意思に反して立ち入る行為であり「侵入し」たといえる（１３０条前段）。

もっとも、Ａは１２歳（４１条）なので責任能力を欠き犯罪は成立しない。

（２）　３０万円強取について

ア　ＡはＶから３０万円を強取しているが、「暴行又は脅迫」（２３６条１項）にあたるか。

「暴行または脅迫とは」財物奪取に向けられたものでかつ相手の反抗を抑圧するに足る暴行・脅迫をいう。

本件では、ＡはＶの両手を背後に回してひもで結び抵抗できないようにしたから、Ｖは身動きできなくなった。そのうえでＡはＶの顔あたりに包丁を突き付けて金を要求したから、Ｖは逃げることもできず要求に従わなければ包丁で身体の急所たる顔や目を傷つけられるのではないかと相当程度恐怖心に襲われたといえる。よって、Ｖの反抗を抑圧するに足る「暴行」・「脅迫」はあった。

イ　Ａは、Ｖから売上金がある場所を聞きＶが管理する３０万円を持って店舗から逃走した。Ｖは縛られて身動きできないから金をＡに交付していないが、売上金のありかをＡに伝えＡはそこから３０万円を奪って逃走しているから、Ａは「他人」Ｖの管理する「財物」３０万円を「強取し」たといえる。

もっとも、Ａは１２歳で責任能力を欠く（４１条）から犯罪は成立しない。

２　では、甲の行為に間接正犯が成立するか。

（１）　実行行為とは特定の構成要件に該当する法益侵害を惹起する現実的危険性を有する行為をいう。そして他人の行為を利用する場合でも①利用者に正犯意思があり、②他人の行為を道具として一方的に支配ないし利用している場合かかる危険性を認めうる。そこで、①②をみたせば実行行為性が認められる。

本件では、甲は生活費に窮し金を得ようと思いＡを使って本件店舗から売上金を強取するようＡに命令した。それゆえ、甲は自己の犯罪として金の強取をＡに命令しているから正犯性は認められる（①）。

Ａは１２歳で是非弁別の能力はあるが、甲は日ごろからＡが甲に逆うと暴行を加えて指示に従わせていたからＡは甲を怖がっていた。甲がＶからの金の強取を命じたのに対しＡは当初拒否したが、甲がＡを平手打ちして説得したのでＡはしぶしぶ従った。ゆえに、甲はＡの行為を道具として支配したようにも思える。

しかし、Ａは、甲の指示どおりＶに包丁を示して金を要求したがＶが金を出さなかったことから、Ｖの両手を背後に回してひもで結びＶが抵抗できないようにした。かかる行為はどう対処すればＶから金を受け取れるかＡ自身が考え臨機応変に対処したものといえる。ゆえに、道具性は失われたといえ②をみたさない。よって、間接正犯は成立しない。

３　では、甲の行為に建造物侵入罪・強盗罪の共同正犯が成立しないか。

（１）　甲は実行行為を行っていないところ、６０条の処罰根拠は結果に対する

因果性に求められる。ゆえに、ア共謀、イ共謀に基づく実行行為があれば共謀共同正犯を認めうる。

本件では、甲は、生活費に窮し金を得るためにＡを本件店舗に行かせ売上金を強取することを企図してＡに具体的方法を指示命令している。ゆえに、甲は自己の犯罪として本件強盗を行う正犯意思を有していた。また、甲はＡに本件強盗の方法を指示し、Ａもしぶしぶ納得して甲に従っているから甲とＡの間に強盗を行う共謀はあった（ア）。

また、Ａは、本件店舗でＶに対して暴行脅迫をして売上金３０万円を強取したから、共謀に基づき実行行為をしたといえる（イ）。

さらに、甲は、Ａに覆面・包丁・紐を渡して本件店舗への強盗を指示命令したから、甲の本件強盗への寄与は欠くことのできないほど大きかった。

（２）　もっとも、甲は主観的に建造物侵入罪・強盗罪の間接正犯を企図したが、客観的には上記罪の共同正犯を犯している。かかる錯誤は故意を阻却するか。

故意責任の本質は規範に直面し反対動機の形成可能性があったにもかかわらずあえて犯罪の実行に及んだことに対する道義的非難にある。規範は構成要件の形で与えられている。そして構成要件には重なり合いが認められるものもある以上異なる構成要件間においても主観と客観とが符合している場合重なりあいの範囲で故意が認められる。

本件では、甲は間接正犯の故意で共同正犯を犯しているところいずれも他人を利用して犯罪結果を惹起する点において重なり合いが認められる。

よって、甲には住居侵入罪・強盗罪の共同正犯の故意が認められる。

４　以上より甲には住居侵入罪・強盗罪の共同正犯が成立する。

第２　甲が偽装心中をしてＡに自殺させた行為について殺人罪（１９９条）と自殺関与罪（２０２条）どちらに問擬すべきか。Ａは甲が一緒に死ぬと思い自殺を決意したが、動機に錯誤がある場合でも「承諾」（２０２条後段）といえるか。

１　２０２条の法定刑が殺人罪に比して軽いのは自殺者の真意に基づく意思決定があるからである。偽装心中の場合追死は自殺の決意の本質的要素であり自殺者の意思決定に重大な瑕疵がある。とすれば、この場合自殺者の真意に基づく意思決定があるとはいえず自殺の動機に錯誤はある場合「承諾」とはいえない。

２　本件では、甲は警察の取り調べによってＡが自白すれば自分まで逮捕されるからＡに死んでもらおうと考えた。甲はＡに「…死んだほうがましだ。一緒に死のう」と心中する旨を伝え、「俺もあとから必ず追いかける…このひもで首を吊ろう。」と死ぬ気もないのにＡをだまし、Ａも捕まった後のことがこわくなり、甲が一緒に死ぬと思い甲と一緒に自殺する決意をしているから、Ａの意思決定には重大な瑕疵があった。

ゆえに、Ａの真意に基づく意思決定があったとはいえず、Ａの「承諾」はないから、自殺関与罪は成立しない。

３　甲には、Ａさえいなくな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Ａに心中するとだましてＡを死なせているからＡには殺人「罪を犯す意思」がある。

よって、甲には殺人罪が成立する。

４　甲の行為に①建造物侵入罪・②強盗罪・③殺人罪が成立し、①②は手段と結果の関係にあるから牽連犯（５４条後段）となり、これと③とは併合罪（４５条）として処理される。　　以上

採点講評

（2021 年 12 月 26 日　刑法Ⅰ）

第１　全体的な感想

・基本的な論点の理解が不足している答案も多い。
・予備試験では、あてはめはそこまで重要ではなく、論点を外さずに規範の定立がしっかりとできていれば十分合格できる。ただし、あてはめで反対方向の事実を考慮しないと説得力がなく、反対方向の事実も必ず考慮する。最初のうちは、たしかに～、しかし～、したがって、結論というかたちで書いていけばイメージがつかめてくる。
・深く記載する必要のない部分まで長々論じてしまっている答案もあったが、要件該当性が明らかな場合は一言でよい。
・わざわざ条文の要件を答案に記載しているものがあったが、刑事系は時間も紙も足りなくなるので、条文を書き写す必要はない。

第２　Ｖへの強盗について

・まずは最も責任の重い単独正犯（間接正犯）から検討するべきであるが、共犯から検討している答案があり、少なくなかった。
・Ａの行為が強盗罪の「暴行」に該当することは明らかであるので、コンパクトに書くべきである。問題文から、何を聞きたいかを考え、論点や要件ごとに論証の分量に差をつけ、メリハリのある答案を心がけること。
・Ａの強盗行為を論ずる中で犯罪が「成立する」と記載している答案があったが、犯罪の成立とは、構成要件該当性、違法性、有責性を満たしていることであるので、刑事責任能力のないＡの行為については、構成要件に該当すると記載する。
・間接正犯の規範を導くための論証が書けていない答案があった。条文にない規範・要件を導く場合は必ず理由を書く。
・「強取」は法的評価を含む表現なので、事実関係から構成要件該当性を検討している中では使用しない。
・強盗罪を検討するにあたり、まずは実行犯のＡの構成要件該当性から検討した方が答案が分かりやすい。甲の罪責とＡの行為の検討が交互に記載されると読みずらい。
・間接正犯の故意であったが、共謀共同正犯となっているので、錯誤論を論じている答案があった。本問の事案では、甲はＡに強盗を行うように告げ、実際にＡは強盗を行っているので、事実の錯誤はないと見るのが相当である。しいて言うならあてはめの錯誤である。

第３　Ａへの殺人について

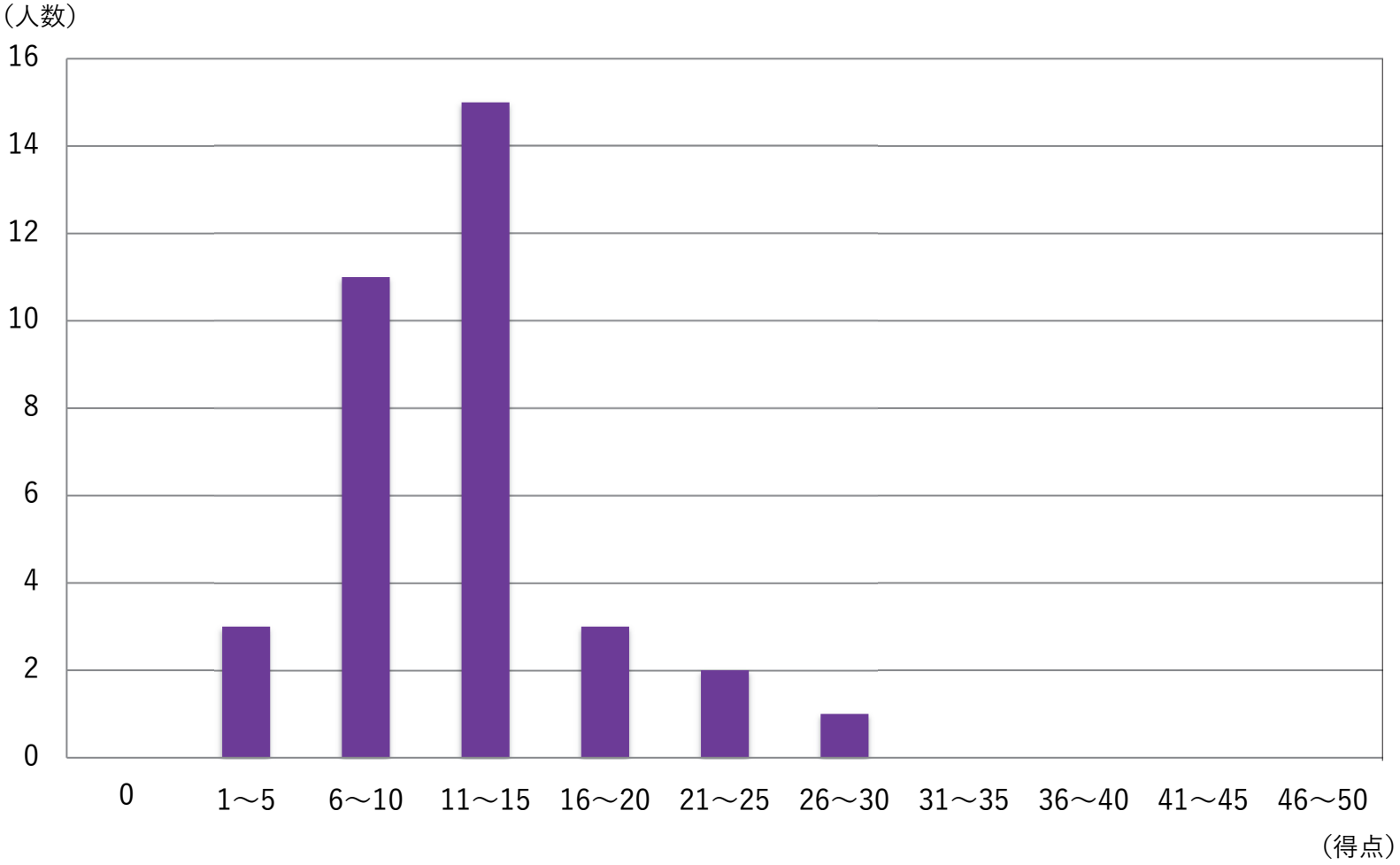
・Ａの自殺について、不作為犯を検討している答案があった。不作為犯は、作為が犯罪行為に当たらない場合に検討することが多い。本問では、甲の作為の行為によってＡが死亡しているのであるから、やはり甲の作為につき、自殺教唆か殺人罪かを検討するのが適切である。

・２０２条の検討で、錯誤のある自殺の意思決定は無効であると書いてある答案はあったが、２０２条の趣旨等から理由まで書けている答案は非常に少なかった。自殺の意思決定に錯誤があってもよいなら、自殺教唆罪の成立を記載すれば十分である。なぜ錯誤があった場合は自殺教唆罪で処理しないのか、錯誤といってもどの程度の錯誤から殺人罪として処理すべきなのか、を考えると自ずと何を書けばよいか分かってくるはずである。

以　上

司法試験予備試験答案練習会　2021年12月26日分　得点分布表

刑法Ⅰ

出席者 35名　　平均点 11.9点

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