論文式試験問題集
［刑法Ⅰ］

［刑法Ｉ］

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい（住居侵入罪及び特別法違反の点を除く。）。

１．甲（２８歳、男性）と乙（２８歳、男性）は、中学以来の仲であり、よく食事に行くなど友好関係にあった。平成２９年１１月１７日、乙は、金に困っていたことから、自己が計画した強盗に甲を加担させようと考え、甲を喫茶店に呼び出した。乙は、甲に対し、「高齢の資産家であり一人暮らしをしているＡの家（以下「Ａ宅」という。）に押し入り、金庫の中の現金を奪うことに協力してくれないか。分け前は折半で。お前も金は欲しいだろ。頼むよ。」と言った。これに対して、甲も、金に困っていたことから、乙に対し、「分かった。必ず分け前は半分くれよ。」と答えた。乙は、甲に対し、「よし。何度かＡ宅に行ったとき、リビングの隅に金庫があったのを見た。寝室は、２階にあった。Ａは１階のリビングにある窓のカギを閉めないから、そこからＡ宅に侵入する。Ａ宅のキッチンにある包丁でＡを殺してから、ゆっくり金庫を開けて中身を頂こう。明日午前２時にＡ宅の前に来い。」と言ったところ、甲は、うなずいた。

２．１１月１８日午前２時、乙は、Ａ宅の前で甲と落ち合った。しかし、乙は、犯行を行うのが怖くなり、甲に対し、「やはりこの犯行は中止しよう。やるならば、お前一人でやれ。帰ろう。」と言った。甲は、金がどうしても欲しかったことから、「分かった。今日のところは中止しよう。しかし、どうしても金が必要だから、俺一人でもやる。」と答え、甲及び乙は、その場を立ち去った。

３．１１月２３日午前２時、甲は、Ａ宅敷地内に立ち入り、１階のリビングの窓からＡ宅内に入り、キッチンで包丁（刃渡り２０センチメートル）を見つけ、これを手に取って２階の寝室に向かった。甲が２階の寝室まで行ってドアを開けたところ、予想に反して、Ａは起きていた。Ａは、突然入ってきた甲に驚き、うろたえた。甲は、Ａを殺そうと思って床に引き倒し、Ａがうつぶせに倒れたところを、右手に持っていた包丁でＡの背中を１回突き刺した。このとき甲は、力いっぱい包丁を突き刺したため、包丁の刃の部分全てがＡの背中に突き刺さっていた。しかし、甲は、Ａの出血を見て驚愕するとともに、Ａが「まだ死にたくない。助けてくれ。お願いだ。」とうめき声をあげながら助けを求めてきたことから、その必死の姿を見て大変なことをしてしまったと後悔した。そこで、甲は、Ａに対して、近くに置いてあったバスタオルで止血を試み、「今救急車を呼ぶ。必ず助かる。じっとしておけ。」と声を掛け、携帯電話で１１９番通報をして、傷害事件があったことを告げた。

４．甲は、「もうすぐ救急車が来るから心配するな。」などと言葉をかけながら、救急車の到着を待ったが、Ａは、その間に意識を失った。それを見た甲は、絶好の機会だと思い、包丁を自己の持ってきた鞄にしまいつつ、１階のリビングに行き、たまたま開いていた金庫から現金１００万円を取り出し、それをジャンパーの内ポケットにしまった。その後救急車が到着すると、甲は、救急隊員と共にＡを担架に乗せて救急車に運び込んだ。その際、甲は、救急隊員に対し、「自分は、Ａの同居人であるが、コンビニに行って帰ってきたところ、Ａが寝室で倒れていた。誰かは分からないが、ナイフかなにかでＡを刺したみたいだ。」と申し向け、救急車を見送り、その場を立ち去った。Ａは、甲に刺された傷が深かったため、刺されて以降、流血が完全には止まらない状況であったが、直ちに病院に搬送されて緊急手術を受けたことにより、一命をとりとめた。

以　上

2023 年 2 月 26 日
担当：弁護士　藤瀬　淳

参考答案

［刑法Ⅰ］

第１　甲の罪責

１　Ａの背中を包丁で突き刺して１００万円を奪った行為について、強盗殺人未遂罪（２４３条、２４０条後段）が成立しないか。

⑴まず、甲は「強盗」（２４０条後段）に当たるか。

ア　「暴行」（２３６条１項）とは、財物奪取に向けられた相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の不法な有形力の行使をいう。本件では、甲は金庫の中身を得るという財物奪取をするために、Ａの背中という身体の枢要部を、刃渡り２０センチメートルもあり鋭利性を有する殺傷能力の高い包丁で突き刺していることから、Ａの反抗を抑圧するに足りる程度の有形力の行使といえ、「暴行」に当たる。

イ　金庫に入っていた現金１００万円は、Ａという「他人の財物」（同条１項）に当たる。

ウ　「強取」（同条１項）とは、相手方の犯行を抑圧したことによって相手方の意思に反して財物の占有を移転させることをいう。甲は、上記「暴行」によりＡが気を失っている間に金庫から現金１００万円を奪っているから、Ａの意思に反して占有を移転させたといえ、「強取」に当たる。

エ　したがって、強盗罪が成立するので、甲は「強盗」に当たる。

⑵では、甲に殺意がある場合も２４０条後段が適用されるか。

ここで、２４０条は、強盗の際に被害者を殺傷することが刑事学的に顕著なことから、重い法定刑を定めたものである。よって、２４０条が故意のある場合を除外しているとは考えられない。

したがって、故意のある場合も２４０条後段が適用されると解する。

⑶もっとも、Ａは一命をとりとめているから、「死亡」（２４０条後段）させていない。

よって、甲の上記行為につき、強盗殺人未遂罪が成立する。

２　中止犯

しかし、甲はＡの止血をしたり救急車を呼んだりしていることから、中止犯（４３条ただし書）が成立しないか。

⑴「自己の意思により」といえるか。

ア　「自己の意思により」とは、行為者自身が「やろうと思えばやれる」と思ったにもかかわらずやらなかったことを意味すると解する。なぜなら、４３条ただし書による必要的減免の根拠は、刑事政策的恩恵に加え、自己の意思により中止したことにより責任が減少する点に求められるからである。

イ　本件で、甲による犯行直後は、Ａ宅にはＡと甲しかおらず、甲は背中を刺されているＡをそのまま殺害することは容易であった。また、甲はＡの助けてくれとの言葉を受け、後悔し、止血行為をし、救急車を呼ぶに至っている。これらの事情からすれば、甲はＡの殺害をやろうと思えばやれると思ったにもかかわらず、あえてやらなかったといえる。

ウ　したがって、「自己の意思により」といえる。

⑵では、「中止した」といえるか。

ア　上記の中止犯の趣旨からすれば、結果発生に向けての因果の経過が進行しているような場合には、結果不発生に向けた真摯な努力をした場合に、「中止した」といえると解する。

イ　本件では、たしかに甲は、バスタオルで止血を図り、「今救急車を呼ぶ。必ず助かる。じっとしておけ。」と声を掛け、携帯電話で１１９番通報をしている。また、甲は「もうすぐ救急車が来るから心配するな。」などと声を掛けながら、救急車の到着を待っており、救急車が到着すると、救急隊員と共にAを担架に乗せて救急車に運び込んでいる。これらの事実から、甲はAの救命に向け真摯な努力をしているとも思える。

しかし、甲は、Aが気絶した後、Aから離れ金庫から１００万円を取り出している。これは、Aの止血が完了していないにもかかわらず、自らの強盗の犯行を遂行していると評価でき、真摯性に欠けるといえる。また、救急隊員に対し、「自分は、Aの同居人であるが、コンビニに行って帰ってきたところ、Aが寝室で倒れていた。誰かは分からないが、ナイフか何かでAを刺したみたいだ。」と嘘を申し向け、救急車を見送り、その場を立ち去っている。Aの救命のためには、Aを刺した凶器の情報や刺した状況を救急隊員に正確に伝えるのが効果的であるにもかかわらず、そのようなことを一切行っていない。そのため、甲は一応の努力をしたにすぎず、真摯な努力をしたとはいえない。

したがって、「中止した」とはいえない。

ウ　よって、中止犯は成立しない。

3　以上から、甲にはAに対する強盗殺人未遂罪が成立し、必要的減免はなされない。

第２　乙の罪責

1　乙はAに対する強盗殺人未遂の実行行為を行っていないが、甲との共謀共同正犯（６０条）が成立しないか。

⑴６０条の一部実行全部責任の根拠は、相互利用補充関係により結果に対する心理的物理的因果性を惹起することにある。そのため、実行行為を行っていなくても①共謀、②正犯性、③一部の者による共謀に基づく実行行為があれば、共謀共同正犯として、罪責を負うといえる。

⑵乙は、甲に対し、「Aの家に押し入り、金庫の中の現金を奪うことに協力してくれないか。…包丁でAを殺してから、ゆっくり金庫を開けて中身を頂こう。」と申し向け、これに対し、甲は、「分かった。必ず分け前は半分くれよ。」と答えているから、住居侵入及び強盗殺人についての共謀があった（①）。

また、乙は、自身の金欲しさから甲に犯行を持ち掛けた上、金庫の場所やAの寝室の位置、A宅の窓の施錠状況等の情報を提供するという重要な役割を果たしている。この事実から、正犯性が認められる（②）。

そして、上記のとおり、甲が実行行為を行っている。

⑶したがって、乙に一部実行全部責任が認められるようにも思われる。

2　共犯関係の解消について

⑴もっとも、乙は、A宅への住居侵入及び強盗について、甲に対し、「中止しよう」と言って、一緒に帰宅している。そこで、共犯関係は解消されており、甲の犯行は共謀に基づく実行行為とはいえないのではないか、問題となる。

⑵上記の趣旨からすれば、結果に対する心理的物理的因果性が遮断されていれば、共犯関係が解消されると解する。

⑶本件で、乙は、甲に対し、犯行の実行着手前に中止を申し向けている。それに対し、甲は「分かった。今日のところは中止しよう。」と中止に同意し

ている。さらに、甲が犯行に及んだのは中止した日（１１月１８日）の５日後（同月２３日）であった。そのため、両者の間の相互利用補充関係はもはや失われたようにも思える。

しかし、乙は、上記のとおり、本件犯行の実行に当たって極めて重要な情報といえるＡ宅の状況を甲に提供している。また、甲は「どうしても金が必要だから、俺一人でもやる。」と、日を改めて犯行を実施する意思を乙に明示していた。つまり、甲は、乙が提供・立案した情報・計画により、本件犯行を実施するつもりであり、乙は、それを認識していた。しかし、乙は、特段甲の犯行を止めるような行為には出ていない。

以上から、乙の行動は、甲による実行行為の時点で、甲の犯行を容易にするものとして効果を持っていたといえ、結果に対する心理的因果性が遮断されていたとはいえない。

⑷したがって、共犯関係の解消は認められず、甲の行為は共謀に基づく実行行為といえる（③）。

３　よって、Ａに対する強盗殺人未遂罪の共謀共同正犯が成立する。

以　上

2023年2月26日

担当：弁護士　藤瀬　淳

予備試験答案練習会（刑法Ⅰ）採点基準表

受講者番号	

						配点	得点
第1	甲の罪責						
	1	Aの背中を包丁で突き刺した行為について					
		（1）	強盗殺人未遂罪（刑法（以下、法令名省略）243条、240条後段）の検討				
			ア	「暴行」（236条1項）の意義及び本件での具体的検討		2	
			イ	「強取」（236条1項）の意義及び本件での具体的検討		2	
			ウ	結論の明示		1	
		（2）	中止犯(43条ただし書き)の検討				
			ア	「自己の意思により」			
				（ア）	規範定立	2	
				（イ）	本件での具体的検討 ・A宅にはAと甲以外に誰もいなかったことの指摘及び評価 ・甲はAに助けを求められ後悔したことの指摘及び評価	4	
				（ウ）	結論の明示	1	
			イ	「中止した」			
				（ア）	規範定立	1	
				（イ）	本件での具体的検討 ・バスタオルで止血したり119番通報をしたことの指摘及び評価 ・止血作業中に現金を金庫から取り出していることの指摘及び評価 ・救急隊員と共にAを担架に乗せていることの指摘及び評価 ・救急隊員に対して嘘をついていることの指摘及び評価	6	
				（ウ）	結論の明示	1	
	2	結論の明示（甲の罪責について）				1	
第2	乙の罪責						
	1	甲に成立する強盗殺人未遂の共謀共同正犯の成否					
		（1）	共謀共同正犯（60条）が問題となることの指摘			1	
		（2）	共謀共同正犯の成否				
			ア	規範定立		1	
			イ	本件での具体的検討 ・乙が甲に対し自ら犯行を持ち掛けていることの指摘及び評価 ・甲は承諾していることの指摘及び評価 ・A宅のリビングに金庫があることや寝室が2階にある等、犯行の具体的内容を指示していることの指摘及び評価 ・分け前が折半であることの指摘及び評価		4	
			ウ	結論の明示		1	
	2	共犯関係の解消					
		（1）	問題提起 ・甲に対し、「中止しよう」と言って一緒に帰宅していることから、共犯関係が解消されたといえるのではないかとの指摘			1	
		（2）	規範定立			1	
		（3）	本件での具体的検討 ・乙は犯行を計画し自ら持ち掛けていることの指摘及び評価 ・乙は甲に対し、中止しようと持ち掛け、甲は承諾していることの指摘及び評価 ・犯行着手前であることの指摘及び評価 ・甲が犯行を実行したのは、甲乙が犯行を中止した5日後であること		8	
		（4）	結論の明示（共犯関係の解消について）			1	
	3	結論の明示（乙の罪責について）				1	
第3	裁量点（文字・文章の読みやすさ、文章表現、結論に対する説得力の有無等）					10	
合　計						50	

2023年2月26日

担当：弁護士　藤瀬　淳

刑法Ⅰ　解説レジュメ

第１　出題趣旨

近年、司法試験及び予備試験では、単純に甲・乙等の罪責を問うのみならず、「甲の罪責に関し事後強盗既遂罪の成立を否定するためには、どのような主張があり得るか」（令和４年予備）など、少しひねった問い方をしてくる問題が出題されている。ただ、司法試験はともかく、予備試験は、書き方こそ少し工夫が必要だが、考え方を変える必要はないので、特に身構えることはない。また、今回は今年度初の刑法の出題で、刑法の答案を書いたことがないという受講生もいると思われる。そこで、単純に甲・乙の罪責を問うものにした。

本問は、共謀共同正犯、共犯関係の解消、強盗殺人罪、中止犯について、刑法総論を中心に出題した。共犯については、基本的な論点について正確に論述できるかを問うた。

刑法は事実認定に点数が多く振られていることを前提に、刑法総論の理論面及び原則論を正確に理解してもらいたいと考え出題した。共犯関係の解消、中止犯について、自分の理解を正確にバランスよく記述できたかを確認してほしい。

第２　論点①　中止犯

１ 中止犯とは？

→犯罪の実行に着手したが自己の意思によって中止した場合

→効果は、刑の必要的減免を定める（４３ただし書）

２ 中止犯における刑の必要的減免の根拠は？

(1) 政策説

→ 「後戻りのための黄金の架け橋」

←不処罰としていないことと矛盾

←中止未遂の規定を知っていない者にも適用を肯定することと矛盾

(2) 法律説

ア　違法減少説

→法益侵害の減少

←結果発生防止のために真摯な努力をしても、結果が発生したら中止未遂を認めないのは不当

イ　責任減少説

→ 「自己の意思により」中止したことで責任非難が減少

ウ　違法・責任減少説

（3）併合説

⇒刑事政策説と法律説を結びつける

3　中止犯の成立要件は？

（0）　行為者が、犯罪の実行に着手した後、

（1）　「自己の意思により」(任意性)

（2）　「犯罪を中止した」こと（中止行為）

4　「犯罪を中止した」とは？

→ 結果発生阻止のための真摯な努力をしたこと

∵(責任減少説あるいは違法・責任減少説からすれば、) 責任減少も刑の必要的減免の根拠なので

（1） 着手未遂（実行行為に着手したが、その終了前にその後の実行を中止する場合）

ア 実行行為が結果に向けて進行していない場合には、実行行為を中止すれば、真摯な努力をしたといえる

例）殺害目的で拳銃の引き金を引こうとしてやめた場合

例）強制性交をしようと暴行によって犯行を抑圧したが、性交をやめた場合

イ 実行行為が結果に向けて進行している場合には結果発生防止のための真摯な努力が必要とされる

例）ナイフでめった刺しして殺害しようとして 1 回でナイフでＶを刺して、後悔して中止した場合は実行行為が終了していないが、結果に向けて進行しているため、救命措置をとることが必要

（2）実行未遂（実行行為を終了した後において既遂に達することを中止する場合）

→結果発生防止のための真摯な努力が必要

例）殺害目的で拳銃を発射したが、急所を外して大量の出血をしている場合は救命措置が必要

※実行未遂でも、結果発生に向けて進行していない場合は、改めて行為しなければよい

例）殺害目的で拳銃を発射したが、あたらなかった場合

（３）結局は、すでになされた行為による結果発生をどうすれば防げるかという基準が重要

①　行為によって結果発生に向けて進行していない場合

→犯行を継続しなければよい

②　行為によって結果発生に向けて進行している場合

→結果発生を防止するための措置を真剣に講ずる必要

※他人（通行人・医者・救急隊員・警察）の助けを得てもよいが、行為者自らが結果を阻止したのと同視できるような真摯な努力が必要

5　「自己の意思により」（任意性）とは？

（１）　客観説

→中止の動機となった事情が、一般の経験上、意思に対して強制的な影響を与えるようなものであったかどうか（一般人であれば中止しないのが通例である場合、任意性が認められる）

（２）　主観説

→外部的事情が行為者の認識を通して中止の動機に影響を及ぼしたかどうか（「やろうと思ったらやれた」にもかかわらず、あえてやめた場合任意性認められる）

（３）　限定主観説

→中止の動機が何らかの意味で規範的なもの（悔悟・同情・憐憫）であるかどうか（中止の動機が悔悟・同情・憐憫であれば任意性認められる）

⇒限定主観説は狭すぎるため、少数説

主観説か客観説が有力、判例はいまひとつどっちかわからない

6　本問の事案に即した検討

まず、「自己の意思により」の意義について、主観説によれば、甲の犯意は強固であり、かつ、犯行は容易であったといえるにもかかわらず、甲は後悔して A にとどめをささず、あえて止血行為をし、救急車を呼んでいることからすれば、甲は殺害行為をやろうと思えばやれたにもかかわらず、あえてやらなかった場合に当たるといえる。したがって、「自己の意思により」の要件を充足することとなる。なお、他の説をとったとしても、本問の事情においては、「自己の意思により」を否定するのは不適切と思われる。

また、「中止した」については、政策・責任減少説によれば、救急隊員に嘘をついていることからすれば、到底真摯な努力があるとはいえない。したがって、「中止した」とはいえず、中止犯は成立しない。なお、事実認定を工夫することで、「中止した」を肯定することも不可能ではないと思われるが、説得力のある論述をするには苦労するのではないかと思う。

なお、甲に中止犯を成立させた場合で、かつ、乙について共犯の解消を認めない場合、共犯の中止犯の論点に触れる必要が出てくる。

第３　論点②　共犯関係の解消

１　共謀共同正犯の成立要件

共犯の処罰根拠は、**共犯者の行為を通じて法益侵害・危険を惹起するところに**

あるとする因果的共犯論が通説

①共謀（共同遂行の意思と意思の連絡）

※事前共謀・現場共謀・黙示の共謀でもよい

※共謀者の故意は未必の故意でもよい

②正犯意思（事故の犯罪として実行する意思）

※正犯意思を書く場合には、共謀があっても幇助犯になる

③共犯者の一部による実行行為

※共謀に基づく必要があり、解消されたら一部実行全部責任なくなる

2　共犯関係の解消

共犯関係の解消が認められる根拠は、一般に、離脱により離脱者のそれまでの行為と離脱後に生じた結果との間の物理的因果性と心理的因果性の両者が遮断される点に求められている（因果性遮断説）。上記のとおり、共犯の処罰根拠は、共犯者の行為を通じて法益侵害・危険を惹起するところにあるところ、これによると共犯を処罰するためには各人の行為と結果との間に因果関係が存在することが必要となる。そうだとすれば、離脱によってそれまでの行為と離脱後の結果との間の因果関係が否定される以上は、その結果について責任を負わないことになる（基本刑法Ｉ第３版３９７～３９８頁）。

なお、実行の着手前においては、①離脱の意思表明、②残余者による了承があれば、解消が認められる。実行の着手後においては、前記①、②では足りず、③他の共同者を説得したり凶器を回収したりするなど残余者の実行行為を阻止するための積極的な結果防止措置が必要であるとされる。しかし、実行の着

手前で、離脱の意思表示とその了承があれば常に解消が認められるとは限らない。

∵離脱者が首謀者である場合や、凶器や情報を提供した場合などは、単に離脱の意思表示とその了承があっただけでは、それまでの共犯行為の影響力が依然として残っており、因果性を遮断したとはいえないから

⇒上記①～③を要件とする考え方は、必ずしも解消を認めるための不可欠の要件ではなく、単なる目安にすぎない

⇒**離脱前の行為によって物理的・心理的にどのような因果的影響がもたらされたのかを踏まえて、その因果的影響が、離脱の意思表示、了承、結果防止措置等によって除去されたといえるかどうかを実質的に判断すべき**

3　本問の事案に即した具体的検討

乙は、甲に対し、「A の家に押し入り、金庫の中の現金を奪うことに協力してくれないか。分け前は折半で。お前も金は欲しいだろ。」「包丁で A を殺してから、ゆっくり金庫を開けて中身を頂こう。」と申し向け、甲はこれに了承していることから、①共謀が認められる。また、乙は、A 宅内の具体的状況を示し、犯行の計画を立てていることから結果に対する重要な役割を担っているといえ、②正犯性が認められる。

したがって、甲の行為が、③共謀に基づく実行行為といえれば、乙に住居侵入罪及び強盗殺人未遂罪の共謀共同正犯が成立する。

その上で、共犯の解消について、乙が「中止しよう」と言った時点では、甲は、A に対し、いまだ何らの行為も行っていないことや甲は「分かった。」と言って

いること、「どうしても金が必要だから、俺一人でもやる。」と答えていること、乙は 5 日後に実行に及んでいること、乙が情報提供していることなどを指摘・評価し、共謀により生じた心理的因果性が遮断されたか否かを判断することになる。

この点について、結論はどちらもあり得るので、いかに説得力のある論述ができたかが問われることになる。

参考文献

・大塚裕史ほか『基本刑法Ⅰ』（日本評論社、第 3 版）

2023 年 2 月 26 日

担当：弁護士　藤瀬　淳

最優秀答案

表

試験科目	試験地
刑　法	明治大学

回答者：I.Y.　39点

刑法1頁

第1　甲の罪責

1、甲はAから現金を奪うためにA宅内に侵入した後、Aを引き倒し、その背中をけりで1回蹴り、Aが意識を失っている間に金庫から現金100万円を取り出し、ジャンパーの内ポケットにしまっている。意識を失ってはもはや抵抗することはできないから、反抗を抑圧するに足る暴行」といえ、甲の上記行為は強盗にあたるといえる。

「強取」の認定がない

2、甲は、Aを殺そうと思って上記行為に及んでいる。甲には殺人の故意が認められるから、殺意がある場合にも刑法（以下、法名省略）240条に含まれるかが問題となる。240条には結果的加重犯特有の「よって」という文言がないから、殺意がある場合についても240条に含まれるものと考える。

3、強盗致死傷罪の法定刑が非常に重いものであるのは、生命・身体を保護法益としているためである。そのため、既遂・未遂の区別も殺人の点を基準とすべきである。

Aは一命をとりとめており、死亡していないから、甲の行為には強盗殺人未遂罪（243条、240条後段）が成立する。

あてはめでしっかりこの辺の事実は書いてるから、わざわざ問題提起でこれ書く必要ないんじゃない？

4、「甲は、Aの出血を見て驚愕し、Aがうめき声をあげながら必死に助けを求める姿を見て大変なことをしてしまったと後悔している。そして、甲が止血を試み、119番通報をして救急車を呼んだ結果、Aは一命をとりとめている。」そのため、中止犯（43条ただし書）の成立が考えられる。

(1) まず、「自己の意思により」中止したといえるか。

中止犯の法的根拠は責任減少と政策的理由にある。責任は、行為者に非難可能性があるから、自己の自由な意思によって中止したといえれば、責任の減少が認められるべきである。

そこで、「自己の意思」による中止があったといえるには、犯行継続の難易、行為者の予想・認識、犯意の強弱、中止行為の危険等の諸事情を総合的に考慮し、やろうと思えばできたが、あえてやらなかったと評価できることを要し、かつ、それをもって足りるものと解する。

Aの背中には白Tの上の部位全てが突き刺さっていた。Aは刺されて以降、流血がとまらなかったものの、直ちに病院に搬送され、緊急手術を受けたことにより一命をとりとめている。甲はAを放置しさえすれば容易にAの死の結果を発生できた。にもかかわらず、後悔の念から、あえて119番通報をしているから、「自己の意思」によるといえる。

(2) 次に、「中止」したといえるか。

中止未遂は犯罪の完成を阻止したことをその成立要件とするのだから、結果発生の蓋然性を中心に中止行為を考えるべきである。結果発生に向けて因果の流れがいまだ進行を開始していない場合は単なる不作為で足りるが、結果発生に向けて因果の流れが既に進行を開始している場合には、結果不発生に向けての積極的な措置が必要となると解する。

中止未遂にかける刑の必要的減免の根拠は政策的観点と責任減少に求められるため、中止行為は真摯なものであることを要すると考えるべきである。

Aは、直ちに病院に搬送され、緊急手術を受けなければ死亡していたと考えられるから、Aの死亡結果への因果の流れは進行していたといえる。確かに、甲はバスタオルで血を拭き、119番通報をして救急車を呼んだ。Aが意識を失うまで「もうすぐ救急車が来るから心配するな。」とAを落ち着かせるために声をかけている。しかし、到着した救急隊員に対し、自己がAの同居人であると嘘をついている。

（注意事項）
1 答案用紙の種類
本答案用紙は、刑法の答案用紙です。
刑事訴訟法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申出があった場合を除き、零点となるので、注意してください。
なお、試験時間中に答案用紙の取違えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください（試験時間終了後の答案用紙の取違えの申出には一切応じません。）。
2 答案用紙の取扱い
答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。
3 答案作成上の注意
(1) 答案は横書きとし、横罫線の枠内に黒色に従って
(2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆（ただし
となります。
(3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる
(4) 答案用紙の番号を間違えて答案を作成した場合
間終了後に記載することは認めません。）。
(5) 答案用紙の＊印の欄には何も記載しないでください
4 その他
解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると

また、119番通報をしてAら、現金100万円をジャンパーの内ポケットにしまうなどしている。

刺した本人である甲が正確に状況を伝えるべきであるし、Aの金庫から現金を持ち出す行為からも、甲の中止行為は、任意であるとも真摯なものであるともいえない。

したがって、中止行為は認められず、中止犯は成立しない。

5、よって、甲の行為には強盗殺人未遂罪が成立する。

第2 乙の罪責

1、先ほどのように、甲の行為には強盗殺人未遂罪が成立する。これは、もともと乙が計画し甲を加担させようとして誘を持ち入れたものである。上記犯罪の主導的役割を果たしたのは乙である。そこで、実行行為を行っていない乙についても共同正犯（60条）が成立しないか。「共同して犯罪を実行した」といえるかどうかが問題となる。

共謀共同正犯は、共同実行の意思の下、互いの行為を相互に利用補充し合って犯罪を実現する場合と評価できるから、「共同して犯罪を実行した」といえる。

そして、共同正犯の有する共同性、正犯性の観点から、意思疎通と役割の重要性が認められれば、共謀共同正犯となり得る。

乙は甲に対し、日時や侵入経路などの計画を話し、甲はうなずいているから、乙と甲の間に強盗についての意思疎通があるといえる。強盗の計画を持ち入れたのは乙であるから、乙が主導的役割を担っているといえ、乙の役割の重要性が認められる。

したがって、乙は強盗殺人の共同正犯となり得る。

2、もっとも、乙は当日に犯行を行うのが怖くなり、甲に対し、「やはりこの犯行は中止しよう。」と言った。甲も「分かった。」と言って了承している。このような場合にも、甲の犯罪行

為の責任をCに負わせてよいか。

共犯の処罰根拠は、自己の行為が結果に対して因果性を与えた点に求められる。とうるると、後の結果と自己の行為との因果性が断ちゆられたと評価できれば、共犯関係からの離脱を認めてよい。

確かに、甲はCから得た「A宅1階リビングにある鬼のパネルを開めない」との情報をもとに、上記の鬼からA宅に侵入して犯行を行っている。また、Cは甲に対し「やるならば、お前一人でやれ。」と言っており、甲の犯行を止めるような行動はしていない。そのため、Cが与えた心理的因果性は残存しているようにも思われる。

しかし、甲は11月18日にはCとともにその場を立ち去っている。甲が犯罪行為に及んだのは5月後の同月23日であり、甲の犯行はCの関知するところではない。一度共にその場を去っている以上、Cが与えた心理的因果性は断ちゆられたといえる。また、Cが犯行に使用する道具を提供したわけではないから、物理的因果性も与えていない。

したがって、共犯関係からの離脱が認められ、Cは甲の犯罪行為の責任を負わない。

3、よって、Cは罪責を負わない。

以上

さすが！よく書けてる！
強いて言うなら共犯の解消のあてはめは、
もっと書けたんじゃないかと思った

刑法4頁

2023年2月26日開催　刑法Ⅰ

最優秀答案

回答者　I.Y.　３９点

第１　甲の罪責

１．甲はAから現金を奪うためにA宅内に侵入した後、Aを引き倒し、その背中をナイフで１回突き刺し、Aが意識を失っている間に金庫から現金100万円を取り出し、ジャンパーの内ポケットにしまっている。意識を失ってはもはや反抗することはできないから、反抗を抑圧するに足る「暴行」といえ、甲の上記行為は強盗にあたるといえる。

２．甲は、Aを殺そうと思って上記行為に及んでいる。甲には殺人の故意が認められるから、殺意がある場合にも刑法（以下、法名省略）240条に含まれるかが問題となる。240条には結果的加重犯特有の「よって」という文言がないから、殺意がある場合についても240条に含まれるものと考える。

３．強盗致傷罪の法定刑が非常に重いものであるのは、生命・身体を保護法益としているためである。そのため、既遂・未遂の区別も殺人の点を基準とすべきである。

　Aは一命をとりとめており、死亡していないから、甲の行為には強盗殺人未遂罪（243条、240条後段）が成立する。

４．甲は、Aの出血を見て驚愕し、Aがうめき声をあげながら必死に助けを求める姿を見て大変なことをしてしまったと後悔している。そして、甲が止血を試み、119番通報をして救急車を呼んだ結果、Aは一命をとりとめている。そのため、中止犯（43条ただし書）の成立が考えられる。

（１）まず、「自己の意思により」中止したといえるか。

　中止犯の法的根拠は責任減少と政策的理由にある。責任は、行為者に対する非難可能性であるから、自己の自由な意思によって中止したといえれば、責任の減少が認められるべきである。

　そこで、「自己の意思」による中止があったといえるには、犯行継続の難易、行為者の予測・計画、犯意の強弱、中止行為の態様等の諸事情を総合的に考慮し、やろうと思えばできたが、あえてやらなかったと評価できることを要し、かつ、それをもって足りるものと解する。

Aの背中には、20センチメートルもの包丁の刃の部分全てが突き刺さっていた。その傷の深さから、Aは刺されて以降、流血が止まらない状況であったものの、直ちに病院に搬送され、緊急手術を受けたことにより一命をとりとめている。甲はAを放置しさえすれば容易にAの死の結果を惹起できた。にもかかわらず、後悔の念から、あえて119番通報をしているから、「自己の意思」によるといえる。

（２）次に、「中止」したといえるか。

中止未遂は犯罪の完成を防止したことをその成立要件とするのだから、結果発生の蓋然性を中心に中止行為を考えるべきである。結果発生に向けて因果の流れがいまだ進行を開始していない場合は単なる不作為で足りるが、結果発生に向けて因果の流れが既に進行を開始している場合には、結果不発生に向けての積極的な措置が必要となると解する。

中止未遂における刑の必要的減免の根拠は政策的観点と責任減少に求められるため、中止行為は真摯なものであることを要すると考えるべきである。

Aは、直ちに病院に搬送され、緊急手術を受けなければ死亡していたと考えられるから、Aの死亡結果への因果の流れは進行していたといえる。確かに、甲はバスタオルで止血を試み、119番通報をして救急者を呼んだ。Aが意識を失うまで「もうすぐ救急車が来るから心配するな。」とAを落ち着かせるために声をかけている。しかし、到着した救急隊員に対し、自己がAの同居人であると嘘をついている。

また、119番通報をしてから、現金100万円をジャンパーの内ポケットにしまうなどしている。刺した本人である甲が救急隊員に対して正確に状況を伝え、Aの救命に役立てるべきであるし、Aの金庫から現金を持ち出す行為からも、甲の中止行為は、十分であるとも真摯なものであるともいえない。

したがって、中止行為は認められず、中止犯は成立しない。

５．よって、甲の行為には強盗殺人未遂罪が成立する。

第２　乙の罪責

１．先述のように、甲の行為には強盗殺人未遂罪が成立する。これは、そもそも乙が計画し甲を加担させようとして話を持ちかけたものである。上記犯罪の主導的役割を果たしたのは乙である。そこで、実行行為を行っていない乙についても共同正犯（60条）が成立しないか。「共同して犯罪を実行した」といえるか否かが問題となる。

共謀共同正犯は、共同実行の意思の下、互いの行為を相互に利用補充し合って犯罪を実現する場合と評価できるから、「共同して犯罪を実行した」といえる。

そして、共同正犯の有する共同性、正犯性の観点から、意思連絡と役割の重要性が認められれば、共謀共同正犯となり得る。

乙は甲に対し、日時や侵入経路などの計画を話し、甲はうなずいているから、乙と甲の間に強盗についての意思連絡があるといえる。強盗の計画を持ちかけたのは乙であるから、乙が主導的役割を担っているといえ、乙の役割の重要性が認められる。

したがって、乙は強盗罪の共同正犯となり得る。

2．もっとも、乙は当日に犯行を行うのが怖くなり、甲に対し、「やはりこの犯行は中止しよう。」と言った。甲も「分かった。」と言って了承している。このような場合にも、甲の犯罪行為の責任を乙に負わせてよいか。

共犯の処罰根拠は、自己の行為が結果に対して因果性を与えた点に求められる。そうすると、後の結果と自己の行為との因果性が断ち切られたと評価できれば、共犯関係からの離脱を認めてよい。

確かに、甲は乙から得た「Aは１階リビングにある窓のカギを閉めない」との情報をもとに、上記の窓からA宅に侵入して犯行を行っている。また、乙は甲に対し「やるならば、お前一人でやれ。」と言っており、殊更甲の犯行を止めるような行動はしていない。そのため、乙が与えた心理的因果性は残存しているようにも思われる

しかし、甲は11月18日には乙とともにその場を立ち去っている。甲が犯罪行為に及んだのは5日後の同月23日であり、甲の犯行は乙の関知するところではない。一度共にその場を去っている以上、乙が与えた心理的因果性は断ち切られたといえる。また、乙が犯行に使用する道具を提供したわけではないから、乙は物理的因果性も与えていない。

したがって、共犯関係からの離脱が認められ、乙は甲の犯罪行為の責任を負わない。

3．よって、乙は罪責を負わない。

以　上

採点講評

（2023 年 2 月 26 日　刑法Ⅰ）

第１　全体について

大きく分けて中止犯と共犯の解消(離脱)を論点とする問題だったが、いずれも複雑なものを問うものではなく、中止犯が成立するか、共犯の解消が認められるかということを直接問いかけるものだったので、大きく論点を外す、論点に気付けなかったという答案は少なかった。

その結果、知識・理論面で差はほとんどつかず、あてはめの充実具合がそのまま点数に現れたといえる。

第２　甲の罪責について

強盗殺人の基本的要件については、多くの受講生がそれなりに出来ていたので、良い傾向だと思う。

ただ、強盗殺人に関連する論点の解釈(強盗殺人の既遂未遂の判断方法、殺意ある強盗犯の扱い、強盗の機会など)に、かなりの分量を割いている答案が多かったのが少し気になった。特に強盗の機会については、今回の答案で書く必要がないので、書いてしまった人は、論点の意味合いをもう少し考え、果たして本当にその問題で検討する必要があるのか、慎重に判断してほしい。

解説講義で私が繰り返し述べた上、神田先生も仰っていたが、規範をいくら充実させたとしても、あてはめを充実させなければ点数は伸びないので、規範とあてはめ(事実)のバランスはもっと意識して取り組んでもらいたい。

甲についてのメイン論点である中止犯については、ほぼ全員が気付けていた。ただ、その中でも差が付いており、それはあてはめの充実度合いがそのまま現れているといえる。この論点であまり点が取れなかった人は、参考答案や優秀答案と見比べて、今後に生かしてもらいたい。

第３　乙の罪責について

共謀共同正犯が問題になることには、全員が気付けていた。しかし、中には規範定立及びあてはめをほとんどすることなく、当然のごとく共謀共同正犯を認定している答案もあり、そのような答案は共謀共同正犯のブロックの点数をごっそり落としてしまっていた。問題文中にあてはめに使える事実が記載されているのだから、共犯の解消以前の問題として共謀共同正犯もしっかり検討するようにしてほしかった。

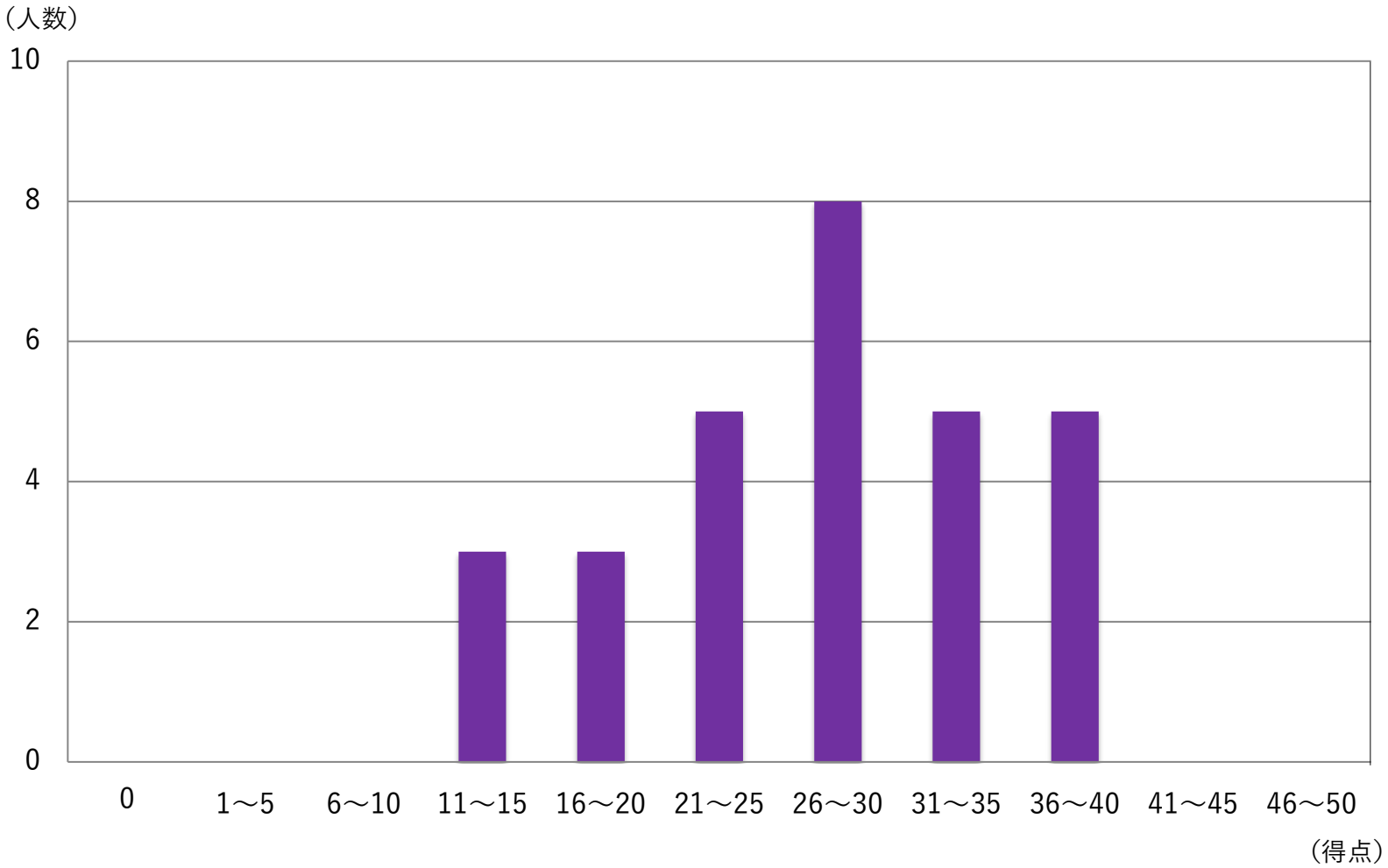
共犯の解消のあてはめで気になったこととして、自分の結論に不利な事情を書かない答案があったことが挙げられる。説得力のある検討をするには、自分の出した結論にとって不利な事情についても説明した上で、それでも有利な事情があるから、この結論をとるのだと説明しなければならないだろう。

また、物理的因果性と心理的因果性を分けた結果、やや不自然な事実認定になってしまった答案も気になった。例えば、「乙は実行行為に参加していないから物理的因果性は消失している」「乙は犯行に使用する道具を用意したわけではないから物理的因果性はない」「乙は帰宅しているから心理的因果性は遮断されている」など、物理的因果性と心理的因果性を分けて検討した上で、いずれか一方の遮断を肯定あるいは否定する答案が相当数存在した。しかし、果たして今回の問題の事情で物理的因果性あるいは心理的因果性は、その一方のみを明確に否定できるだろうか。本件で結果発生に因果性を与えた乙の行為として挙げられるのは、甲を本件の強盗殺人計画に勧誘したこと及び甲にA及びA宅の情報を教えたことである。そして、その情報は、甲を１階のリビングの窓から容易に侵入できるようにし、凶器の準備を容易にし、財物の場所を探す手間を省略させているといえ、物理的に容易にしたと考えられるのではないだろうか。さらにそれだけでなく、甲としては、上記のとおりかなり容易に本件強盗殺人に及ぶことができているのだから、本件強盗殺人に挑む甲の心理的なハードルも下げたといえるのではないだろうか。そうであるならば、本件で乙が甲に与えた情報は、物理的にも心理的にも因果性を及ぼしているのであり、物理的因果性と心理的因果性は別個に分けて検討すべきではないだろう。これは、最終的に共犯の解消を認めるか認めないかに関係ない。物理的因果性と心理的因果性に着目するのは良い視点だと思うが、もう少し自然な事実認定をすることを意識してもらいたいと感じた。

以　上

司法試験予備試験答案練習会　2023年2月26日分　得点分布表

刑法Ⅰ

出席者 29名　　平均点 27.5点

得点分布	人数
0	0
1～5	0
6～10	0
11～15	3
16～20	3
21～25	5
26～30	8
31～35	5
36～40	5
41～45	0
46～50	0