



2012年合格目標 新司法試験

論文アプローチ答練 【分析編】

無料トライアル

解説

無断複製（コピー等）・無断転載等を禁じます。

TAC WASEDA セミナー／新司法試験

問 題

〔問 題〕（配点：100）

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（特別法違反の点を除く。）。

1 甲（32歳）は、A社の経理部社員として勤務していたが、横領の疑いでA社を解雇され職を失った。甲は、横領額相当を弁済すると引換えにA社からの刑事告訴は免れたが、折からの不況で再就職もままならず、次第に生活費にも窮するようになっていた。甲は、そのような境遇から、かつて働いていたA社に忍び込んで金品を盗もうと考えるようになった。ある日、甲は、窃盗の計画を思案中に、同じく横領行為を働きながら同行為が発覚せず、引き続きA社の経理部で働いているかつての同僚である乙（31歳）を利用しようと思い立った。

2 甲は、翌日、乙を呼び出し、自分の計画を乙に告げて、協力するように依頼した。甲の依頼内容は、乙が退社後、A社が入っているBビル及びA社経理部の通用口を通過するための社員用カードキーを甲に貸与することであった。甲の依頼に対し、乙は、「あんたの事件があった後だし、今度何かがあったら、疑われるのは俺だしなあ。」と躊躇していた。煮え切らない態度の乙に対し、甲は次第に腹を立て、「お前は、うまいことやったよなあ。未だにあれがばれてないし。でも、俺がばらしたらどうなるかわかっているだろう。」と言った。それでも甲の申し出を了承しない乙に対して、甲は、語気を荒げて、「お前、あの金を何に使った。たしか、クラブQのC子にかなり入れ込んでいたよな。このこと、お前の奥さんに言ったらどうなるかな。俺は、人の家庭がどうなるのが知ったことではないがな。」と告げた。このような甲の態度と、かっとなりやすい甲の性格から、甲に何をされるかわからないと畏怖した乙は、しぶしぶ、甲に協力を約束した。

数日後、A社での窃取の計画を練っていた甲は、自分が解雇されてから1年近く経っており、経理部の金庫の位置等が変わっているかもしれないと思い、再び乙を呼び出し、A社経理部の室内の状況を乙に尋ねた。すると、乙は、「金庫の位置は変わっていないが、金庫を電子暗証番号付きのものに変えたり、その暗証番号も毎日変わるんだ。」と甲に告げた。これを聞いた甲は、「金庫の前に俺が着いたら、お前に携帯で電話するから、その日の金庫の暗証番号を俺に教えるんだぞ。いいな。」と言ったところ、乙はこれを了承した。また、甲は、犯行を確実なものにするためには、乙の気分を害してはまずいと思い、乙に対して、「お前にも、分け前をやるから、裏切るんじゃあねえぞ。」と少し和らいだ声で言った。乙は、「分け前はけちなよ。」と言って、これに応じた。

3 甲は、犯行の当日、午後9時過ぎに退社した乙と、午後9時15分ごろ、会社の近くで落ち合い、社員用のカードキーを受け取った。その際、甲は、乙にA社内に誰も残っていないかを確認すると、乙は、「俺が最後で、もう誰も残っていないよ。ただ、あんたも知っているDが、うちの会社でも導入しようとしている四半期決算の立ち上げで忙しくて、最近、いったん外へ出て監査法人で打ち合わせをした後に会社に戻っているようなんだ。奴が戻ってきた時には、当然、向こうもあんたの顔は知っているから、気をつけろよ。」と答えた。甲は、「まあ、Dと出会って、邪魔しやがったら、昔から気に入らない野郎だったし、ぶん殴ってやるさ。」と言った。乙もDに好意を持っていなかったことから、「あんた、確かボクシングやっていたよな。Dと会ったら、こう、パーンと一発かね。だけど、

あまり手荒なことはするなよ。」と、ボクシングのパンチを打つふりをしながら言うと、甲は、「まあ、一発だな。捕まらんようにさ。ともかく、後でお前に金を渡すから、その辺にいろよ。そうだなあ、行きつけの焼鳥屋Eで酒でも飲んでな。あそこなら目立たなくていいや。携帯にいつでも出られるようにしておけよ。」と言って、一旦乙と別れた。

甲は、Dが戻ってくる可能性があると聞いたので、サングラスとマスクをつけて、午後9時40分頃、Bビル1階の通用口を開け、同ビルの中へ立ち入り、2階にあるA社経理部フロアに向かった。甲が、A社経理部の通用口の前で、乙から借りたカードキーを取り出そうとした瞬間、1階の通用口が開き、誰かが2階に上がってくる音が聞こえた。甲は、人が上がってくる音が聞こえたのと反対側の階段に移動し、2階の廊下から死角となる2階と3階の間にある階段の踊り場に身をひそめ、しばらくA社経理部の通用口の方を窺った。すると、Dが同通用口の前に現れ、社内に入っていくのが見えたため、甲は、一旦身を隠すために、Bビルの3階へ移動した。

4 Bビルは築年数の古い旧式の木造3階建ての商業用ビルで、同ビルの1階と2階は工作機械専門の輸出商社であるA社が使用し、3階部分は中堅工務店のF社が使用していた。Bビルの両隣にも商業用ビルが建っていたが、左隣のGビルは空きビルとなっており、右隣のHビルには、夜8時を過ぎれば、通常は人のいることはなかった。甲は、事前の調査で、このようなBビル周辺の様子を把握していた。

5 午後9時50分頃、Bビルの3階に移動した甲が、試しにと思ってF社の通用口のドアノブを回すと、施錠がされておらず、甲は、F社内に簡単に入ることができた。通用口を通過後、甲がオフィス内の様子を窺うと、作業機の脇にある石油ストーブがついており、誰かが仕事をしていた形跡があったが、辺りに人の気配はなかった。作業機の上には、メモ書きが置いてあり、甲がそれを見ると、「I社長 少々外出します。10時半頃戻ります。今夜は遅くなりそうなので、オフィスの最後の戸締りは私がします。Jより」と書いてあった。甲が奥の方に目をやると、別の部屋のドアがあり、ドアの上に社長室と書かれた表札が見えた。甲は、窓越しに社長室の中を窺うと、中に人がいる様子はなかった。そこで、甲は、今がチャンスと思い、オフィスの奥に向かい、社長室のドアノブを回すと、ここにも鍵がかかっていなかったもので、同室内に入った。

甲は、社長の机がある場所に行き、同機の引出しを上から順番に開けていった。そうすると、2番目の引出しに現金100万円の束が2束入っていたのを見つけたため、甲はその200万円を上着のポケットに入れた。さらに甲が次の引出しに手をかけた瞬間、F社の通用口が開く音が聞こえたため、甲は、社長室の机の陰に隠れて様子を窺ったところ、工務服を着た小柄な初老の男性Iが、社長室のドアを開けて入ってきた。甲は、このままではIに見つかって捕まると考え、机の陰から飛び出して、同人の顔面を、利き手である右手で殴りつけた。甲に殴られたIは、勢いよく後ろに飛び、後頭部を壁に打ち付けて気絶した。甲は、今の物音で誰かが様子を見に来るかもしれないし、Jももうすぐ戻ってくるかもしれないと思い、慌てて社長室を出た。

6 午後10時頃、甲が慌てて通用口に向かおうとしたところ、誤って、オフィス内にある石油ストーブを転倒させてしまった。これにより、石油ストーブから炎が上がり、作業機に置いてある書類にも引火し始めた。これを見た甲は、このまま放置すればこの火がIのいる社長室まで燃え広がり、Iは焼死するかもしれないと思ったが、それもやむを得ないと考え直し、近くに消火器があるにもかかわらず、火を消すことなく、その場から立ち去った。その後、甲は、A社のフロアによることなく、Bビルから退出した。

7 甲は、Eの近くの公園に行き、そこから、乙の携帯に電話をし、乙を公園に呼び出した。

乙は、A社の金庫の暗証番号の件で甲からの電話がなかったことを不審に思い、「金庫は自分で開けられたのか。」と訊いた。甲は、「まあ、そんなところだ。」と答えた後で、「お前の分け前だ。」と言って、100万円の束から30万円ほどを抜き出し、乙に渡した。乙は、「少ねえな。」と言ったが、甲は、「危ない橋は、俺が全部渡ったんだ。文句を言うな。」と言って、乙と別れ、公園を去った。

- 8 F社フロアから燃え広がった火は、午後10時30分頃、Bビルに戻ってきたJによって発見され、その後、119番通報により駆けつけた消防士により消火されたが、この火により、Bビルの3階が全焼し、両隣のGビル及びHビルも一部焼失した。また、Iは、そのままF社社長室を動くことはなく、火災の際に煙を吸い込んだことにより死亡した。なお、Dは、3階から煙が上がっていることに気づき、慌ててBビルから退出したため、無事だった。

MEMO

第1 甲の罪責

1 乙に対して犯行を協力させる行為

甲が乙に対して、横領行為をばらすと申し向け、自らの犯罪に協力させる行為については、強要罪(刑法(以下省略する。)223条1項)が成立する。

すなわち、犯罪行為をばらす場合のように、告知内容が違法でなくとも、相手方は行為の自由を奪われ得るから、甲は、乙の「名誉」に「害を加える旨を告知」したといえ、強要の実行行為をしたといえる。そして、甲は、これにより、乙に社員用カードキーの貸与やA社の金庫についての情報提供という「義務のないこと」を行なわせているので、強要罪の成立要件を満たす。

2 Bビル及びF社への立ち入り

甲がBビル及びF社へ立ち入った行為につき、それぞれ建造物侵入罪(130条前段)が成立する。窃盗目的での立ち入りは、Bビルの管理権者及びF社の管理権者の意思に反するといえるからである。

3 現金200万円を奪う行為

甲が、現金200万円をポケットに入れた行為については、他人が占有する財物を、占有者の意思に反して自己の占有に移転させる行為なので、「窃取」に当たり、窃盗罪(235条)が成立する。もっとも、窃盗罪は、後述する事後強盗罪にかかる強盗殺人罪に吸収される。

窃盗罪における「窃取」の認定

4 Iに対する暴行及び結果として死亡させた行為

(1) まず、「窃盗」犯人である甲が、Iの顔を殴打した行為につき、事後強盗罪が成立しないか。

この点、甲のIに対する殴打行為は、ボクシング経験者が、利き手である右手で、枢要部ともいべき顔を殴りつけるものであり、その威力及び相手方に与えるダメージは大きい。また、Iが、32歳の甲に比べて一般に体力が強いとはいえない小柄な初老の男性であることからすると、甲の上記殴打行為は、相手方の反抗を抑圧する「暴行」に当たるといえる。

また、上記「暴行」は、甲が、Iに見つかって捕まらないようにするためになされたものなので、「逮捕を免れ」る目的で行ったものといえる。

したがって、甲のIに対する「暴行」により、甲には事後強盗罪(238条)が成立する。

事後強盗罪の実行行為の認定

(2) 次に、かかる事後強盗犯人である甲が、石油ストーブからの出火を放置して、結果的にIを死亡させたことにつき、強盗殺人罪が成立するか。

ア まず、240条は、強盗の際に人の死傷の結果が多発することから規定されたものであるから、強盗殺人の場合を含むと解する。

前提論点なので簡潔に自説を述べる

イ では、甲に強盗殺人罪が成立するか、同罪が成立するためには、甲が「殺人」行為を行う必要があるので、その有無を検討する。

(ア) まず、甲が火を放置した行為が殺人罪の実行行為性を有するといえるか。

この点、不真正不作為犯の場合であっても、法益侵害発生の具体的危険性があれば、実行行為性が認められ得るが、法益保護と自由保障との調和の観点から、①作為義務、②作為可能

不作為の実行行為性を認める基準の定立

47 性・容易性があり、不作為が作為による構成要件実現と同視し
48 得る場合にその実行行為性を認め得ると解する。特に、①作為
49 義務については、先行行為及び結果原因の支配等により、その
50 有無を多角的に検討すべきであると解する。

51 これを本問についてみると、甲は、Iを暴行により気絶させ
52 た上、石油ストーブを転倒させ出火させているので、先行行為
53 が認められる。また、Iはメモ書きの通り、10時30分頃まで
54 オフィスに戻ってこなかった以上、出火してから30分間程度、
55 F社内の火を消す者は甲一人しかいないことになるので、Iの
56 生命はなお甲の作為によって排他的に支配されているといえ
57 る。そうすると、甲にはI救命の①作為義務が認められる。

先行行為、結果原因の支配の認定による当てはめ

58 そして、甲が火災の発生を発見した段階では、近くにあった
59 消火器による消火が十分可能であったことから、②作為可能性・容易性も認められる。

作為可能性の当てはめ

60 よって、甲による上記放置行為は、作為と構成要件的に同価値であり、殺人罪の実行行為性が認められる。

61 (イ) そして、甲が、消火という作為を行っていけば、十中八九、
62 煙を吸い込むことによるIの「死亡」という結果は生じなかつ
63 たといえるから、甲の不作為と結果との間の因果関係も認め
64 られる。

不作為の因果関係の認定

65 (ウ) また、甲は、放置行為当初、Iが焼死してもやむを得ないと
66 考えているため、殺人罪の未必の故意(38条1項)があったといえる。

67 (エ) したがって、甲は殺人行為を行ったといえる。

問題提起
～放置行為による死亡
結果と強盗行為との関係

68 ウ では、かかる殺人行為によりIが死亡したことにつき、「強盗
69 が「死亡させた」(240条後段)といえるか。甲の放置行為は、直接
70 強盗の手段としてなされたものではないことから問題となる。

71 (ア) 強盗の機会に類型的に発生する死傷の結果を重く処罰しようとする240条の趣旨から、「死亡」等の結果は強盗の機会に
72 生じたもので足りると解する。そして、強盗の機会とは、時間的・
73 場所的接着性により、判断される。

機会説から基準を簡潔に示す

74 (イ) これを本問についてみると、甲は、逮捕脱逃目的の暴行等の
75 行為の直後に強盗現場であるF社内において、火災発生に気づ
76 きながら暴行現場にIを放置している。かかる事情からすると、
77 当該不作為には強盗との時間的・場所的接着性が認められ、強
78 盗の機会にIを死亡させたといえる。

79 エ 以上より、甲には、Iに対する強盗殺人罪が成立する。

80 5 Bビル等の焼損の結果

81 Bビルの焼損につき、現住建造物等放火罪(108条)が成立するか。

不作為による放火の実行行為性の検討

82 (1) まず、甲の行為が、不作為による放火の実行行為といえるか。

83 火災発生当時、F社内、消火可能な立場にいたのは甲のみである
84 から、甲は結果原因を支配している。したがって、甲には、①作為義務(消火義務)が認められる。また、消火は容易であったから、②作為可能性も認められる。

85 よって、甲の不作為は作為による放火と構成要件的に同価値である
86 といえ、現住建造物等放火罪の実行行為といえる。

- 93 (2) そして、甲が消火を行っていれば、十中八九、Bビル「焼損」の結果は生じなかったのであるから、甲の不作为と焼損の結果との間の因果関係も認められる。
- 94
- 95
- 96 (3) さらに、甲は、F社内にIが生存しており、現住性を認識し、火が建物全体に燃え広がる可能性のあることを認識しながら、火災を放置している。したがって、甲には、故意が認められる。
- 97
- 98
- 99 (4) したがって、不作为による現住建造物等放火罪が成立する。
- 100 (5) なお、本件では、甲の放火によりBビルの両隣のGビル及びHビルが一部焼損しているが、これらは上記放火行為により発生した1つの公共の危険の一環であるので、別罪を構成することなく、甲には現住建造物放火罪が成立する。

不作为の因果関係の認定

放火の故意の認定

104 6 罪数

105 甲の行為につき、①乙に対する強要罪、②Bビル侵入について、及び③F社内侵入についての建造物侵入罪、④Iに対する強盗殺人罪、並びに、⑤Bビル焼損についての現住建造物等放火罪が成立する。そして、②は③の行為のための一過程にすぎず、両者は社会通念上1つの行為といえ、観念的競合(54条1項前段)となり、これと④とは牽連犯(54条1項後段)となる。また、④と⑤とは観念的競合(54条1項前段)となり、他の罪とは、併合罪(45条前段)の関係となる。

両者の保護法益が別であることを考慮して、併合罪とも解し得る

112 第2 乙の罪責

113 1 乙はBビルへの建造物侵入等の実行行為を行った者ではないが、甲との共謀共同正犯(60条)あるいは幫助犯(62条1項)が成立しないか。

114

115 共謀共同正犯(60条)と幫助犯(62条1項)との区別の基準が問題となる。

116

問題提起
～共同正犯と幫助の区別

117 (1) 60条の一部実行全部責任の趣旨である相互利用補充関係から、両者は、重要な役割を演じたか及び共犯者が正犯意思、すなわち「自己の犯罪」という意思を持ったかにより区別されると解する。

118

119

基準～総合衡量説に立った

120 (2) 確かに、乙が、甲の強要行為と性格に畏怖して、甲の行為に加担した面は否定できないことから、乙は、幫助にとどまるとも思える。

121

幫助方向の検討

122 しかし、甲のBビル・F社への立入りには、乙から貸与されたBビル通用口のマスターキーが不可欠であったこと、実現こそしなかったが、乙は、A社への立入り後の暗証番号の連絡という「窃取」行為における不可欠な役割も担っており、甲の計画遂行に重要な役割を担っていたといえる。そして、甲乙間の分け前の授与について、乙は、分け前を惜しまないように申し出ていることから、乙には自らの犯罪として行う意思があったといえる。したがって、乙は、正犯意思をもって、重要な役割で甲の犯罪に加担したといえる。

123

124

125

126

127

128

129

共同正犯方向の事実の摘示と評価

共犯の錯誤を検討する前提として、客観的に共同正犯が成立し得る範囲(共謀の射程)についても検討する

130 よって、乙には、共謀共同正犯が成立し得る。

131 2 そうだとしても、甲の、乙との事前の計画によらずF社内へ立ち入りやIに対する事後強盗行為、Bビルの焼損行為についても、客観的に乙の共謀の射程が及ぶか。

132

133

共同正犯の因果性の観点から共謀の射程の判断基準を示す

134 (1) 共同正犯の処罰根拠は結果に対する強い因果性に求められるから、共謀の射程は因果性が及ぶ範囲を意味する。そうすると、共同正犯者の1人が惹起した結果に因果性が及んでいないといえるのは、①当初の共謀内容と現実の犯行内容が日時・場所・被害者・行為態様から判断して一致しない場合、②共謀の内容として実行分担者の行動を限定

135

136

137

138

139 するような制約が施されている場合、③共謀段階における行為者の影
 140 響力の程度が小さい場合であると解する。

- 141 (2) F社への建造物侵入は、①被害者は異なるが、場所（同じBビルで
 142 ある）・日時・行為態様は異ならない、②乙が特にA社以外への侵入
 143 を禁止した事実はない、③共謀段階における乙の影響力の程度も小さ
 144 くなく、乙の共謀の射程内であるといえる。

145 また、Iに対する事後強盗は、①行為態様・被害者は異なるものの、
 146 場所・日時は同じであり、②乙が事後強盗を禁止した事実はなく、か
 147 えって甲によるDへの殴打を仄めかしており、事後強盗までは許容し
 148 ていた、③共謀段階における乙の影響力の程度は小さいとはいえない
 149 ことから、甲の事後強盗の結果は共謀の射程内といえる。

150 しかし、現住建造物放火については、乙の計画の全くの範囲外であ
 151 るから、共謀の射程外である。

- 152 3 もっとも、乙は、主観的には甲のF社への立入行為、及び事後強盗に
 153 よる「死亡の結果」について認識していないから、これらについても乙が
 154 故意責任（38条1項）を負うか、共犯の錯誤が問題となる。

- 155 (1) 故意責任の本質は、反規範的人格態度に対する道義的非難である
 156 ところ、同一構成要件内の錯誤は、規範に直面していることに変わり
 157 がないため、故意責任を認めることができる。

158 本件において、乙は、侵入先がA社かF社かという具体的事実には錯
 159 誤があるだけで、建造物侵入という犯罪実行の認識に欠けるところは
 160 なく、F社への建造物侵入について故意責任を問うことができるから、
 161 乙にはF社への建造物侵入罪の共謀共同正犯（60条、130条後段）が
 162 成立する。

- 163 (2) 乙は、甲によるDへの殴打を仄めかすような発言をしていることか
 164 ら、甲が事後強盗をし得る点については認識していたと考えられる。
 165 では、甲が、Iに対する事後強盗により、強盗殺人の結果を生じさせ
 166 た点について、乙は共謀共同正犯として、いかなる故意責任を負うか。

167 ア この点、原則的には共犯者間に犯罪に対する認識の齟齬がある場
 168 合、故意責任は認められないが（犯罪共同説）、構成要件的に重なり
 169 合う範囲では、規範に直面しているから、その範囲では故意責任を
 170 問うことができる。

171 本件では、乙には事後強盗罪に対する認識しなかった以上、強
 172 盗殺人を犯した甲との関係で犯罪の認識の齟齬があるので、乙は強
 173 盗殺人罪の共謀共同正犯の故意責任までは負わない。しかし、強盗
 174 殺人と事後強盗とは、構成要件的に強盗の範囲で符合するため、乙
 175 は甲と事後強盗罪の共謀共同正犯としての故意責任を負う。

176 イ また、本件のような強盗行為から致死の加重結果が生じることは、
 177 相当因果関係の範囲内にあり、その範囲で責任を認めても責任主義
 178 に反しないと解するので、乙は、致死結果についても共謀共同正犯
 179 の罪責を負い、甲と共に、強盗致死罪の共謀共同正犯（60条、240
 180 条後段）が成立する。

181 3 罪数

182 乙には、建造物侵入罪の共謀共同正犯と強盗致死罪の共謀共同正犯が
 183 成立し、両者は、牽連犯（54条1項後段）となる。

184 以上

念のため、現住建造物放
火については共謀の射
程外であることを述べ
ておく

共謀の射程が及ぶとし
ても乙の主観との間に
不一致があるから錯誤
の問題を検討する

故意責任の本質から簡潔
に述べる

問題提起
～共犯の過剰

判例の見解

第1 甲の罪責

1 Bビルへの立ち入り

甲がBビルへ立ち入った行為につき、建造物侵入罪（刑法（以下省略する。）130条前段）が成立する。窃盗目的での立ち入りは、Bビルの管理権者の意思に反するからである。

2 F社への立ち入り

甲がF社に立ち入った行為につき、建造物侵入罪（130条前段）が成立する。F社への立ち入りは、F社の管理権というBビルの管理権とは別個の法益を侵害するから、Bビルへの立ち入りとは別に同罪が成立する。

F社はBビル内にあるが、侵害する法益が別なので、別罪が成立する

3(1) 現金200万円を上着のポケットに入れた行為

甲が机の引出しにあった現金200万円を上着のポケットに入れた行為は、窃盗（235条）に当たる。なぜなら、引出しの内容物についてはF社社長の占有が及んでいると考えられるところ、甲の行為は、現金200万円を社長の意思に反して自己の占有下に移すものであって、「窃取」に当たるからである。

「窃取」の定義にあてはめる

(2) Iを殴った行為

甲がIの顔面を手拳で殴りつけた行為につき、事後強盗罪（238条）が成立する。

なぜなら、小柄で初老のIに対して、甲は、32歳と若く、ボクシングの経験者で、通常人よりもはるかに威力のあるパンチを有しているところ、自分より若く体格のよい相手から顔面を殴られれば、Iの反抗を抑圧する程度の暴行ということができ、強盗罪の「暴行」に当たるからである。また、甲は、このままではIに見つかると考えているので、「逮捕を免れ」るために暴行したといえるからである。

問題文の事実を、強盗罪の「暴行」の認定に即した形で評価する

(3) Iの気絶

甲に殴られたIは、後頭部を壁に打ち付け気絶しているが、この気絶という結果について、強盗致傷罪（240条前段）は成立しない。

なぜなら、気絶は人の生理的機能の障害であるから、傷害罪（204条）にいう「傷害」には当たすが、240条が刑の下限を6年の懲役として傷害罪よりも著しく重く定めていることや、強盗自体が暴行を前提とする犯罪であることからすると、軽度の傷害は240条前段の「負傷」には含まれず、強盗罪の中で評価されるからである。

本問のIは、息もしており、一時的に気を失ってはいるが、しばらくすれば意識が戻る程度の症状と考えられるから、気絶という結果については、(2)の事後強盗罪の中で評価されていると考える。

(4) Iを火災現場に置き去りにした行為

ア 甲が、火災発生を認識しながら、身動きの取れないIを火災現場に残して立ち去った行為につき、不作為による殺人の成否が問題となる。

イ 期待された作為を怠るという不作為が作為と同視できる場合はあるが、不作為の範囲は広いので、①作為義務、②作為可

能性、③作為との同価値性が認められる場合に限って、不真正
不作為犯が成立すると解する。

本件で甲に期待される作為は、Iを自ら安全な場所へ運び出
す、又は助けを呼んで共同してIを避難させるといった行為で
ある。

甲は、Iを殴って気絶させ、誤って石油ストーブを倒して出
火させるという先行行為を行っているから、①作為義務が認め
られる。そして、Iが小柄であることや、甲が若く、通常人よ
りもはるかに威力のあるパンチを打てるほどの腕力を有して
いることから、甲がIを安全な場所へ運ぶことは可能であり、
②作為可能性が認められる。また、Jのメモ書きによると、少
なくとも30分間はF社には甲の他に誰もいない状態となるの
で、甲は、Iの生命を排他的に支配しているといえ、③作為に
よる殺人の場合との同価値性が認められる。

ウ また、甲は、作為義務を果たしていれば、Iの死亡という結
果を防止できたのであるから、甲の不作為とIの死亡結果との
間の因果関係は認められる。

エ 甲は、Iが死ぬかもしれないが、それも仕方ないと思ってい
るので、I死亡につき、未必の故意も認められる。

オ よって、甲の行為は不作為による殺人罪に当たる。

(5) もっとも、甲の不作為による殺害行為は、強盗の直接の手段と
してなされたものではない。そこで、この場合も強盗が「死亡さ
せた」ものとして強盗殺人罪(240条後段)に当たるかが問題と
なる。

ア この点、本罪は強盗の機会に類型的に死傷の結果が生じやす
いことから重く処罰する趣旨であるから、「死亡」等の結果は
時間的・場所的に接着した強盗の機会に生じれば足りると解す
る。

イ 甲が石油ストーブから出火した火を放置したのはIに対す
る暴行等の直後であり、また、同じ階の隣接した場所であるか
ら、時間的・場所的接着性が認められ、強盗の機会に「死亡さ
せた」といえる。

ウ よって、甲には、Iに対する強盗殺人罪が成立する。

4 Bビルの焼損

(1) 甲が火災発生を認識しながら消火をせずに立ち去った行為に
つき、不作為による現住建造物放火罪(108条)の成否が問題と
なる。

(2) 3(5)イと同様に、①作為義務、②作為可能性、③作為との同価
値性を検討する。

本件で甲に期待される作為は、消火行為である。そして、①甲
は、誤って石油ストーブを倒して出火させてしまっているの
で、先行行為があり、条理に基づく作為義務が生ずる。また、甲が火
災に気付いた段階では、炎はまだ小さく、近くにある消火器で容
易に消し止めることができる状況であったから、②作為可能性は
認められる。さらに、F社内にはJが残っていたとはいえ、30分
近く戻ってこないのであれば、それまでの間、甲が消火をしなけ

①②③の要件は期待さ
れた作為の存在を前提
とするので、まずは甲に
期待される作為を示す

反対説(手段説)を意識
した問題提起

240条の趣旨から機会説
に立って簡潔に述べた

93 ればF社フロアに燃え広がると考えられる。そうすると、③甲は
94 焼損結果について排他的に支配しているといえるため、作為との
95 構成要件の同価値性も認められる。

96 したがって、甲には現住建造物放火罪が成立する。

97 (3) なお、本問では、他にGビル及びHビルも一部燃焼しているが、
98 これは上記放火行為により発生した公共の危険に含まれるので、
99 別罪を構成しない。

100 5 罪数

101 以上より、甲は、①Bビルへの建造物侵入罪（130条前段）、②F
102 社への建造物侵入罪（130条前段）、③Iに対する強盗殺人罪（240
103 条後段）の罪責を負う。①②は併合罪（45条前段）、これらと③は
104 牽連犯（54条1項後段）となる。

105 第2 乙の罪責

106 1 甲のBビルへの建造物侵入

107 乙は、Bビルへの建造物侵入の実行行為者ではないが、A社に忍
108 び込んで金品を盗むという計画を認識しながら、甲にBビル通用口
109 のカードキーを渡すという、計画実行にとって重要な役割を果たし、
110 金庫の暗証番号を教える約束もしている。また、盗んだ金品につき
111 乙も分け前を得る約束がある。これらの事実から、乙は、甲の犯罪
112 を助けるのではなく自らの犯罪として行う意図を有するといえる
113 ので、甲のBビルへの建造物侵入につき、幫助犯（62条1項）では
114 なく共謀共同正犯（60条）が成立する。

115 なお、乙は、甲から、横領行為や得た金銭の用途をばらすと脅さ
116 れてしぶしぶ協力を約束しているが、「分け前はげちゃん」という
117 発言から、自由意思を抑圧されたというよりも、むしろ甲の計画に
118 乗った方が自分にとって得だという判断の結果として犯罪に加わ
119 ったといえるので、甲の脅しは、共謀共同正犯の成否に影響しない。

120 したがって、乙には、Bビルへの建造物侵入罪の共謀共同正犯（60
121 条、130条前段）が成立する。

122 2 甲のF社への建造物侵入

123 甲乙間では、Bビル及びA社への侵入のみ計画されており、F社
124 への侵入につき乙は認識していない。しかし、乙は、侵入先がA社
125 かF社かという具体的事実の錯誤があるだけで、建造物侵入という
126 犯罪実行の認識に欠けるところはないのであるから、乙に対して道
127 義的非難をすることができ、F社への建造物侵入についても故意責
128 任が認められる。

129 したがって、乙には、F社への建造物侵入罪の共謀共同正犯（60
130 条、130条後段）が成立する。

131 3 甲のIに対する強盗殺人

132 甲乙間の当初の計画はA社に忍び込み金品を奪うという内容で
133 あり、強盗殺人の共謀はない。しかし、Dと出会ったら「ぶん殴っ
134 てやる」という甲の発言に対し、「あまり手荒なことはするな」と
135 いう乙の発言があるので、少なくとも事後強盗の共謀は認められる。

136 そして、相手がIであることは具体的事実の錯誤にすぎず、事後
137 強盗を行うかもしれないという未必の認識はあるので、乙の故意責
138 任が認められる。

甲が乙を脅しているこ
とは、甲の共謀共同正
犯成立を否定する要素
となり得るので、悩み
を見せた

乙の共謀が、甲が実行し
た行為のどこまで及ぶ
か（共謀の射程）を意識
した

したがって、乙には、I に対する事後強盗罪（238 条）の範囲で
共謀共同正犯（60 条）が成立する。

4 罪数

以上より、乙は、①Bビルへの建造物侵入罪の共謀共同正犯（60
条，130 条前段），②F社への建造物侵入罪の共謀共同正犯（60 条，
130 条前段），③I に対する事後強盗罪の共謀共同正犯（60 条，238
条）の罪責を負う。①②は併合罪（45 条前段），これらと③は牽連
犯（54 条 1 項後段）となる。

以 上

出題の趣旨

第1 本問は、具体的事例に基づいて甲及び乙の罪責を問うことによって、刑事実体法及びその解釈論の理解、具体的事実法規範を適用する能力並びに論理的思考力を試すものです。

第2 具体的には、不真正不作為犯の実行行為性、強盗時の暴行脅迫と致傷の結果、共謀共同正犯と幫助犯との区別、共犯の過剰、具体的事実の錯誤といった、本試験で度々問われている基本的な概念の理解を問うものです。

1 まず、甲の行為にかかる罪責については、建造物侵入罪、窃取行為、事後強盗罪の成否について検討する必要があります。その際、建造物侵入罪については、甲はBビル及びF社に対して侵入行為を行なっているため、両者の行為が刑法上どのような関係になっているのかを検討する必要があります。窃盗罪及び事後強盗罪の成否については、成立することにはあまり問題はないと思われますので、軽く論じれば足ります。ただし、事後強盗については、甲の殴打行為が相手方Iの反抗を抑圧するものか否かについて、比較的詳しく事情が挙げられていますので、これらの事実に基づいた当てはめをすることが必要でしょう。

(1) 甲に事後強盗罪が成立するとした場合、Iの死亡結果につき、甲に強盗殺人罪の罪責を負うかを検討する必要があります。

まず、Iに対する不作為の殺人罪の成否の検討する必要がありますが、その際、刑法所定の不真正不作為犯の実行行為性が認められ得る基準の定立が必要不可欠となります。その上で、本件の具体的事実関係において、いかなる甲の不作為について実行行為性が認められるかを検討することになります。

(2) 不作為の実行行為性が認められるかの基準については、通説は、①作為義務、②作為可能性、③不作為の作為との構成要件的同価値性という3つの規範を定立して検討するのに際し、近時の有力説は、①作為義務、②作為可能性という2つの規範で検討しますが、①の作為義務の検討の中で、作為との構成要件的同価値性があるか等について実質的な検討を加えます。そして、本問の諸事情を把握、的確に理解した上で、上記の要件の充足がなされているかを検討することが必要となります。

また、不作為の場合、結果との因果関係が問題となることが多いですが、本問事情の甲の場合、作為義務を尽くしていれば、消火という作為も容易に行えたことから、結果が回避できたことを認めるのは困難ではないと考えられます。不作為と結果との因果関係については、簡潔に述べれば足りるでしょう。

さらに、甲が殺人行為を行ったと認定するためには、殺意の認定も落とすべきではありません。もっとも、本問では、甲に殺人について未必の故意があることは明らかですから、この点は軽く論じれば足ります。

(3) 次に、甲が不作為による殺人を行ったと認められるとして、甲の殺人行為が「強盗」として、Iを「死亡させた」行為といえるかが問題となります。甲の放置行為は、強盗の手段として行われたものではないことから、強盗「殺人」としてなされたといえるかという問題です。

この点について、判例は、強盗の機会になされたものであれば足りるとする機会説を採ります。このような判例の枠組みに従えば、甲によるIの放置は、「強盗」行為後、時間的・場所的に近接した状態で行われており、強盗「殺人」としてなされたといえるでしょう。

- 2 次に、甲は、F社内で消火しなかったという不作為により、Bビルの焼損の結果が生じていることから、上述したIに対する強盗殺人罪の成否とは別に、不作為の現住建造物等放火罪の成否が問題となります。

甲の不作為の現住建造物等放火罪の成否については、甲のIに対する放置を殺人の実行行為とした場合の強盗殺人罪の成否と同様に、不作為の実行行為性・因果関係・故意の有無を検討することになります。

なお、本問では、焼損した客体がBビルのみならずGビル及びHビルと複数ありますので、放火罪の保護法益等を踏まえて、適切に罪数処理することも求められています。

- 3 乙の罪責については、まず、Bビルへの建造物侵入等につき、甲との共謀共同正犯が成立するか、あるいは幫助犯にすぎないかが問題となります。これについては、共同正犯と幫助犯をいかにして区別するか、両者の区別について基準を定立して、本問の諸事情から具体的に検討する必要があります。

さらに、乙に共謀共同正犯の成立を肯定した場合、甲が、乙との事前の計画にないF社内への立入り及びそこでの事後強盗行為を行っていることから、客観的に乙の共謀の射程がこれらにも及ぶかが一応問題となり得ます。これについては、従来あまり議論されていませんでしたが、近時これに関する論文が出て注目されているところですから、自分なりに共謀の射程が及ぶ範囲について基準を立てて、検討されるとよいでしょう。そして、共謀の射程が及ぶとした場合は、乙の当初の故意と甲により惹起された結果との間に不一致を来していることから、共犯の錯誤が問題となります。これに関しては、具体的事実の錯誤（F社への建造物侵入）、共犯の過剰（事後強盗罪・強盗殺人）について故意責任の本質に遡って論じることが求められます。

- 第3 最後に、甲乙に成立する犯罪相互の関係に留意して罪数判断を示すことも必要となります。

- 第4 論述においては、刑法解釈上の論点に関する学説等の立場・見解の相違によって結論が異なり得る個々の問題点については、自らの採る結論のみならず、それが正当であるとする論拠を説得的に論述することが必要です。もっとも、その場合、飽くまでも本問の事実関係を前提に、結論を導くのに必要な点を中心に論ずるべきで、本問の事実関係からかけ離れた一般論や結論を左右しない論点に関する理論的対立の検討に力を注ぐのは、出題意図にかなうものとは言えないでしょう。

また、事実に関する論述については、単に、問題文に表れた事実を漫然と羅列するのではなく、いかなる事実がいかなる構成要件要素の該当性判断に関係があると考えているのかわかるように論述しなければ、「事実を摘示しつつ」との出題意図に答えたことにはなりません。例えば、問題文に記載された各事実関係のうち、どの事実が甲のIに対する不作為の強盗殺人罪の作為義務の有無を基礎付ける事実であると考えているのかが分かるように「事実を摘示しつつ」犯罪構成要件要素が充足されるか否かの結論を導くことが求められています。このほか、既知の判例や典型事例等の結論を、それが前提とする事実関係や本問の事実関係との相違を十分検討せずに本問に当てはめたり、逆に、自らは是とする見解に適合しやすいよう恣意的に事実をわい曲して評価したりすることも不適当と言わざるを得ないでしょう。

本問においては、事例を丁寧に分析・評価し、基本的な刑法解釈論を踏まえて粘り強く論理的な思考を重ね、それを説得的に論述することこそが求められています。

採点基準

配点項目	基礎点	加点事由
第1 甲の罪責		
1 乙に対して犯行を協力させる行為		
● 強要罪（刑法 § 223-I）の成否 ※ 告知する害悪がそれ自体違法であることを要するかについて検討していない場合には満点を与えない	/ 3	—
2 Bビル及びF社への立ち入り		
● 建造物侵入罪（刑法 § 130）の成否 ※ F社への侵入行為とBビルへの侵入行為との関係を意識していないものには満点を与えない	/ 4	—
3 現金 200 万円を奪う行為		
● 「窃取」行為の成否 ※ 本検討に際して、窃盗罪（刑法 § 235）の問題として検討しても、事後強盗殺人罪（刑法 § 238, 240）の一環として検討してもよい	/ 3	—
4 I に対して暴行を加えた行為		
● 「暴行」（刑法 § 238）該当性—甲の殴打行為の反抗抑圧性の認定 ・ 甲がボクシング経験者であること ・ 利き手である右手でIの顔面を殴ったこと ・ Iは小柄で初老の老人であること を、評価を交えて検討している	—	/ 2 / 1 / 1
● 「逮捕を免れ」る目的（刑法 § 238）の認定	/ 3	—
5 Iを死亡させた行為 ※ 殺意、殺人の実行行為及び強盗と死亡結果の関係については、論理的な破たんがない限り、書く順番は特に問わない		
● 殺意の認定 ※ 殺意の認定を、次の論点の前提として書かなくても、どこかで検討していれば右点数を配点する	/ 2	—
● 「死亡させた」—刑法 240 条は、強盗殺人の場合を含むかについての検討	/ 2	—
● 「死亡させた」—甲によるIの放置行為の検討 ・ 不作為の実行行為性を認める場合の基準の定立	/ 4	—
● あてはめ ・ 甲がIを殴打し気絶させていること ・ 甲が石油ストーブを倒して出火させていること ・ F社内には、甲とIだけしかいなかったこと ・ メモ書きによればJが戻ってくるのは30分後であり、実際Jは当時F社内に戻ってこなかったこと ※ メモ書きの存在だけでは、火が燃え広がる前にJが戻ってくる可能性がある以上、その指摘だけでは右点数は与えない ・ 近くの消火器があるため消火をすることが可能かつ容易であったこと を、評価を交えて検討している	—	/ 2 / 2 / 2 / 2 / 2
● 因果関係の検討	/ 3	—
● 強盗と死亡の結果との関係	/ 3	—

● 本問における検討・あてはめ		
・ 甲が火事に気付いたのは、気絶させた I を放置し、社長室を出た直後である	—	/ 3
・ 甲が火事に気付いたのは、社長室と同じフロア内にある F 社内である		/ 3
を、評価を交えて検討している		
● 甲に対して成立する犯罪を示している	/ 1	—
6 Bビル等を焼損させた行為		
● 問題となる条文（刑法 § 108）の摘示	/ 1	—
● 甲の実行行為性		
※ 不作為の実行行為性の判断基準については、I に対する不作為の箇所でも摘示していれば、重ねて書く必要はない。 ただし、作為義務の認定については、ここではBビル及びF社との関係で論じていること。あてはめ・検討についてもIに関するそれをそのまま流用しても満点は与えない	/ 4	—
● 因果関係の検討	/ 3	—
● 故意の検討	/ 2	—
● Gビル・Hビルの焼損結果との関係について論じられている	/ 2	—
● 結論が示されている	/ 1	—
7 罪数		
● 甲の罪数を適切に処理している	/ 3	—
小 計 1	/ 44	/ 20
第2 乙の罪責		
● 共同正犯と幫助との区別基準	/ 3	—
● あてはめ		
<幫助方向の事情>		
・ 甲が乙に対して威圧的な態度をとり、これに対して乙が従わざるを得なかったこと		/ 1
<共同正犯方向の事情>		
・ 乙から甲へカードキーの貸与があったこと	—	/ 1
・ 乙から甲への暗証番号の連絡について、A社内の乙の「窃取」での役割		/ 1
・ Dが帰社する可能性についての乙から甲への情報提供及び乙がDに対する殴打等、甲の対処の可能性		/ 1
・ 分け前について、乙が申し出ていること		/ 1
を、評価を交えて検討している		
● 共謀の射程の基準	/ 4	—
● F社への建造物侵入行為に関するあてはめ		
・ 同じBビルに、同一日時・同一行為態様で侵入していること		/ 2
・ A社での窃取を計画していたこと		
・ 乙は甲に脅かされて共謀に参加していること	—	/ 1
※ 上記摘示事実によっても、評価によってはいずれの結論にも至ることができるため、評価なくして単に事実を摘示しただけでは配点しない		/ 1
● Iに対する事後強盗行為に関するあてはめ		
・ 行為態様及び被害者が異なること		/ 1
・ 日時・場所が同じであること	—	/ 1
・ 甲は、自分が捕まりそうになったら、被害者に暴行を加えることが、共謀の際に話題になったこと		/ 1
・ 乙は甲に脅かされて共謀に参加していること		/ 1

※ 上記摘示事実によっても、評価によってはいずれの結論にも至ることができるため、評価なくして単に事実を摘示しただけでは配点しない		
● 甲によるF社への建造物侵入に関する故意の成否－具体的事実の錯誤	/ 3	－
● 本問へのあてはめ	－	/ 3
● 甲によるIへの事後強盗（殺人）に関する故意の成否－共犯の過剰	/ 3	－
● 本問へのあてはめ		
・ 事後強盗行為について	－	/ 2
・ 殺害行為について		/ 2
● 乙に成立する罪名を示している	/ 1	－
● 乙の罪数を適切に処理している	/ 2	－
小 計 2	/ 16	/ 20

基礎点合計	/ 60
加点事由合計	/ 40
減点（10点を上限とする） （減点理由） ☐ 文字が乱雑で読みにくい。 ☐ 論理矛盾がある。 ☐ 答案全体のバランスがよいくない。 ☐ その他（ ）	/ - 10
合 計	/ 100

※ 基礎点は受験生が確実に取らなければならないものであり、この部分で十分な得点ができていない場合は出題者の意図を理解し切れなかったことを意味します。加点事由は、問題文の事情をどれだけの確に捉えられているかを示すものです。単に問題文に載っている事実をそのまま答案に書いても得点にはならず、その事実を的確に評価しなければなりません。

<TAC>無断複写・複製を禁じます。

MEMO

解 説

＜重要事項目次＞

- 1 不真正不作為犯の実行行為性
- 2 強盗時の暴行・脅迫と死傷結果との関連性
- 3 不作為と因果関係
- 4 共同正犯と幫助の区別
- 5 具体的事実の錯誤と故意
- 6 共犯の過剰

1 不真正不作為犯の実行行為性

(1) 総説

甲は、自ら暴行してIを気絶させ、さらにF社フロア内で、誤って石油ストーブを倒し、火災を発生させている。このような状況の下、甲は同フロア及びBビルを退去している。かかる甲の罪責につき、消火しなかったことによる火災の放置については現住建造物等放火罪の、Iの放置については強盗殺人罪の成否が各々問題とされる。それぞれの犯罪が、不真正不作為犯であるから、不作為の実行行為性が問題となる。

(2) 判例

判例は、不作為による放火及び殺人の実行行為性を認め、放火罪及び殺人罪を成立させている。

ア 判例1（最判昭33.9.9・刑法判例百選I No.5）－不作為の放火を認めた事例（事案）

被告人Xは、電力会社のある営業所において集金係の業務に従事していたが、昭和29年12月20日、同営業所事務室にて残業中、同日午後11時過ぎ頃から事務室内において宿直員と共に飲酒し、その後1人で自席において、原符3万7000枚くらいをボール箱3個に詰めて、机下に保管してある四脚木机の下へ内側ブリキ張り木製火鉢1個に多量の木炭をついで、股火鉢をしながら執務した。翌21日の午前2時頃になってXは嘔吐感を覚えたので、火鉢を机外の安全場所に移すか、炭火を減弱せしめる等の処置をとらずに営業所内の工務室にて仮眠をとった。Xは仮眠を終えて午前3時45分頃事務室に戻ると、炭火の過熱からボール箱入原符に引火し、さらに自席の上記机に延焼しているのを発見したが、このまま放置すれば火勢は拡大して営業所建物に延焼、焼損に至るべきことを認識しながら、自己の不注意の喚起した不慮の失火を目撃した驚きと、自己の失策の発覚を恐れるあまり、あるいは焼損結果の発生あるべきことを認容しつつ、とっさに営業所玄関より表に出て立ち去った。同日午前4時過ぎ頃には上記宿直員等の現在する営業所建物1棟が全焼したほか、隣接する家屋等多数の建物が全焼もしくは半焼した。

（判旨）

上記事実につき、「被告人の重大な過失によつて右原符と木机との延焼という結果

が発生したものというべきである。この場合、被告人は自己の過失行為により右物件を燃焼させた者（また、残業職員）として、これを消火するのは勿論、右物件の燃焼をそのまま放置すればその火勢が右物件の存する右建物にも燃え移りこれを焼燬するに至るべきことを認めた場合には建物に燃え移らないようこれを消火すべき義務あるものといわなければならない。」

「第一審判決認定事実によれば、被告人はふと右仮睡から醒め右事務室へ入り来つて右炭火からボール箱入原符に引火し木机に延焼しているのを発見したところ、その際被告人が自ら消火に当りあるいは判示宿直員3名を呼び起こしその協力をえるなら火勢、消火設備の関係から容易に消火しうる状態であつたのに、そのまま放置すれば火勢は拡大して判示営業所建物に延焼しこれを焼燬するに至るべきことを認識しながら自己の失策の発覚のおそれなどのため、あるいは右建物が焼燬すべきことを認容しつつそのまま同営業所玄関より表に出で何等建物への延焼防止処置をなさず同所を立ち去つた結果、右発燃火は燃え拡がつて右宿直員らの現在する営業所建物一棟ほか現住家屋6棟等を焼燬した、というのである。すなわち、被告人は自己の過失により右原符、木机等の物件が焼燬されつつあるのを現場において目撃しながら、その既発の火力により右建物が焼燬せられるべきことを認容する意思をもつてあえて被告人の義務である必要かつ容易な消火措置をとらない不作為により建物についての放火行為をなし、よつてこれを焼燬したものであるということが出来る。されば結局これと同趣旨により右所為を刑法108条の放火罪に当たるとした原判示は相当であり、引用の大審院判例の趣旨も本判決の趣旨と相容れないものではなく、原判決には右判例に違反するところはない。」

<コメント>

本判決は、不真正不作為犯の成立要件として、故意（・過失）以外に特殊な主観的要件が必要か否かという問題に関し、結論的には消極的な判断を示したものといえる。

すなわち、この点について、本判決は、「その既発の火力により右建物が焼燬せられるべきことを認容する意思をもつてあえて被告人の義務である必要かつ容易な消火措置をとらない」という態度で十分と解している。なお、本判決は、以上の趣旨につき、不作為による放火の場合に火力の利用意思が焼損等の認識・認容以外に必要とする判例（大判昭13.3.11）の趣旨と相容れないものではないと説示しているが、その具体的理由までは明らかではない。

イ 判例2（最決平17.7.4・刑法判例百選ⅠNo.6）－不作為の殺人を認めた事例（事案）

被告人Xは、手の平で患者の幹部を叩いてエネルギーを患者に通すことにより自己治癒力を高めるという「シャクティパット」と称する独自の治療（以下「シャクティ治療」という）を施す特別の能力を持つなどして信奉者を集めていたところ、その信奉者であったAは、脳内出血で倒れて病院に入院し、意識障害のため痰の除去や水分の点滴等を要する状態にあり、生命に危険はないものの、数週間の治療を要し、回復後も後遺症が見込まれたので、やはり信奉者であったAの長男Bは、後遺症を残さずに回復できることを期待して、Aに対するシャクティ治療をXに依頼した。Xは、Bの依頼を受け、滞在中のホテルで同治療を行うとして、Aを退院させることはしばらく無理であるとする主治医の警告や、その許可を得てからAを入院中の病院から運ぼうとするBら家族の意図を知りながら、Bらに指示して、なお点滴等の医療措置が

必要な状態にあるAを入院中の病院から運び出させ、その生命に具体的な危険を生じさせた。被告人は、前記ホテルまで運び込まれたAに対するシャクティ治療をBからゆだねられ、Aの容態を見て、そのままでは死亡する危険があることを認識したが、シャクティ治療をAに施すにとどまり、未必的な殺意をもって、痰の除去や水分の点滴等Aの生命維持のために必要な医療措置を受けさせないままAを約1日の間放置し、痰による気管閉塞に基づく窒息によりAを死亡させた。

(判旨)

「被告人は、自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた上、患者が運び込まれたホテルにおいて、被告人を信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当を全面的にゆだねられた立場にあったものと認められる。その際、被告人は、患者の重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根拠はなかったのであるから、直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべきである。それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である。」

<コメント>

本決定は、最高裁が不作為による殺人罪を肯定した最初の判断である。本決定以前には、不作為による殺人を肯定した最高裁の判断はなかったが、大審院の判例（大判大4.2.10）や下級審の判例（名古屋地判昭43.5.30、福岡地判昭46.3.8、東京地判昭57.12.22、前橋地判昭46.9.17、東京地判昭40.9.30）のいくつかは、不作為による殺人を肯定していた。これらの判例は、作為義務を認め、不作為の殺人を肯定している。これらの事例の作為義務の発生根拠は様々であるが、客観的には、養育義務を負っていること、同居の従業員であること、不作為者による先行の過失行為のほか、実質基準として、被害者を排他的支配領域に置き、引受行為があったこと、並びに死亡に至る現実・具体的な危険があること、主観的には、殺意の存在が認められる。

本決定は、「自己の責に帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた」こと、「患者の親族から、重篤な患者に対する手当を全面的にゆだねられた立場にあった」ことを作為義務の発生根拠とする。病院からの連れ出しの危険性を認識しながら危険な作為を行ったことを危険な先行行為と見て作為義務を根拠づけ、さらに、いわば契約によって患者の生存に必要な保護をなすべき義務をもって作為義務を根拠付けているのである。

(3) 学説

不作為が明示的に構成要件要素として規定されていない犯罪であって、通常は作為により実現される構成要件を実現する場合を不真正不作為犯という。

不真正不作為犯においては、不作為により構成要件の結果を惹起したとき、いかなる条件の下で構成要件該当性が肯定されるかが法文上明定されていないから、それを解釈により明らかにする必要がある。すなわち、この場合には、作為によって構成要件の結果を惹起した場合と同じ構成要件に該当することが必要であるから、不作為による構成要件の結果惹起が作為による構成要件の結果惹起と同視し得ることが求められることになり、そのように同視し得る条件は何かが問題となる。そこで、不作為犯の実行行為性の要件としていくつかの見解が生じることになる。

ア 伝統的見解（通説）

不作為の実行行為性の要件として、

- ① 作為義務の存在
 - ② 作為の可能性・容易性
 - ③ 作為との構成要件的同価値性
- を要求する。

イ 福田・山口説（有力説）

不作為の実行行為性の要件として、

- ① 作為義務の存在
 - ② 作為の可能性・容易性
- を要求する。

ウ コメント

両説の違いは、作為義務の発生根拠について、形式的な判断をするか、実質的な判断を取り込むかという点にある。

通説は、作為義務の発生根拠を法律、契約・事務管理、条理で捉えようとする。しかし、例えば、条理という理由付けについては、理由が示されていないに等しいなどの批判が可能であり、形式的な根拠だけでの検討は不十分といえよう。そこで、実質的な観点からの検討が要請され、近時、作為義務を実質的に検討する有力説が有力化している。

(4) あてはめ

作為義務の存在については、実質的検討を行う有力説の方が、事情を拾いやすいと考えられる。以下において、有力説の要件判断枠組みで本問の事情を検討する。

ア 不作為による殺人の実行行為性について

甲は、Iを殴打という暴行により気絶させ、さらに石油ストーブを倒して火災を発生させているという先行行為を行っている。そして、甲は、F社内で火災が発生しつつある状況の中で、唯一消火が可能な者である（JがF社に帰ってくるのは30分後であることを考慮する必要がある。）。すなわち、Iの生命は甲に委ねられているといえるから、甲が、Iの死という結果原因を支配していると評価できる。以上の甲の先行行為及び結果原因の支配から、甲には、①作為義務が認められる。

また、F社内の火事については、甲は、それをごく初期段階に発見しており、近くに消火器もあったので、②作為の可能性・容易性も認められる。

よって、甲によるIの放置は、作為と構成要件的に同価値であり、不作為による殺人の実行行為性は認められる。

イ 不作為による現住建造物等放火罪の実行行為性

前述のように、甲が、焼損の結果発生についての結果原因を支配していることを重視すれば、甲には①作為義務が認められよう。そして、前述と同様に②作為の可能性・容易性も認められる。よって、甲の消火をしないという不作為は、作為と構成要件的に同価値であり、不作為による現住建造物等放火罪の実行行為性を認めることができる。

他方、甲は、F社又はBビルの管理責任を負う立場にはなく、偶然大火現場に居合わ

せた者であるにすぎないことを重視すれば、消火できる者が甲のみであったとしても、甲の①作為義務を否定することもできると考えられる。

<参考文献>

- 1 前田・刑法総論講義 P127～
- 2 大谷・刑法講義総論 P145～
- 3 山口・刑法総論 P73～
- 4 西田・刑法総論 P117～
- 5 刑法判例百選 I No.5, 6

2 強盗時の暴行・脅迫と死傷結果との関連性

(1) 総説

本問でのIの死亡結果は、当初の甲の暴行行為から生じておらず、甲がIを放置したことにより、Bビルの火災の際に煙を吸い込んだことによるものである。そこで、このようにIの死亡結果が、直接、事後強盗の手段である暴行から生じていない場合でも、「強盗」が人を「死亡させた」といえるかが問題となる。

(2) 判例

判例は、死傷結果は強盗の機会に生じたもので足りとする（最判昭26.7.5、機会説）。最高裁判所昭和25年12月14日判決も、強盗犯人が被害者を殺害した場合も、強盗の機会に人を殺害すれば足り、殺害を強盗の手段に利用することを要しないとした。また、最高裁判所昭和24年5月28日判決（刑法判例百選ⅡNo42）は、逃走するに当たり追跡してきた家人を被害者宅の入口付近で刺殺した場合は、刑法240条後段に該当するとした。

(3) 学説

学説においても、機会説が通説となっている。

（根拠）

刑法240条の「強盗」が事後強盗を含む以上、同条の死傷結果は、被害者の反抗を抑圧する手段としての暴行・脅迫から直接生ずることを要するとする手段説は妥当ではない。また、通常の強盗の場合も、これとの均衡上、機会説を採るべきである。

(4) あてはめ

甲は、事後強盗行為の直後に、誤って転倒して出火させてしまった社内の石油ストーブ火を消すことなく、また、Iを放置したまま、同フロアを退出している。そして、F社内が発生した火災は、1時間後までには、Bビル3階を全焼させ、Iは、この間に火災による煙を吸い込んで死亡している。また、Iが放置されていたのは、甲が火災を発見した場所と同じフロア内にある社長室である。そうすると、Iを放置した行為は、甲の事後強盗と時間的・場所的に極めて接着しており、強盗の機会に行われたものといえる。

したがって、「強盗」である甲が、Iを「死亡させた」ものといえる。

<参考文献>

- 1 前田・刑法各論講義 P212～
- 2 大谷・刑法講義各論 P240～
- 3 山口・刑法各論 P235～
- 4 西田・刑法各論 P181～
- 5 刑法判例百選ⅡNo42

3 不作為と因果関係

(1) 総説

不作為は、何もしないことではなく、通説的には、一定の「期待された作為」を行わないことであると解されている。この不作為と結果との間の因果関係は、一般的に、「行為なければ結果なし」の公式がそのまま適用されるのではなく、「不作為がなければ、すなわち期待された作為を行っていたら結果が回避されたか」という結果回避可能性によって判断されると解されている。そこで、本問事情においても、前述の強盗「殺人」の不作為とⅠの死亡との結果及び現住建造物等放火にかかる不作為と焼損の結果との間に結果回避可能性が認められ、因果関係があるといえるかが問題となる。

(2) 判例（最決平元. 12. 15・刑法判例百選Ⅰ No. 4）

ア 事案

暴力団構成員であった被告人Xは、覚せい剤と交換に少女A（13歳）と性交渉を得ようとして、Aを伴いホテルに赴き、午後11時10分ころ、同女に覚せい剤を注射した。するとまもなくAは頭痛、胸苦しさ、吐き気などの症状を訴え始め、翌午前零時半ころには、着衣を脱ぎ捨て部屋の中を無意味に動き回るなど、覚せい剤による錯乱状態に陥り、午前1時40分ころには、独力では正常な起居動作をなしえないほどの重篤な状態に陥った。被告人は、自己ならびに子分が、前日から少なくとも3回にわたりAに覚せい剤を注射したことによる急性症状が発現したものであることを認識していたが、覚せい剤使用の発覚をおそれるあまり、救急医療を要請するなどの措置をとることなくAを漫然放置し、午前2時15分ころ、迎えに来た子分とともにホテルを立ち去った。Aは、被告人が立ち去った時点では足を痙攣させるなど生存していたが、午前4時ころまでの間に急性心不全のため死亡した。Xは、保護責任者遺棄致死罪（刑法§219）等で起訴された。

イ 判旨

被害者の女性が被告人らによって注射された覚せい剤により錯乱状態に陥った午前零時半ころの時点において、直ちに被告人が救急医療を要請していれば、同女が年若く（当時13年）、生命力が旺盛で、特段の疾病がなかったことなどから、十中八九同女の救命が可能であったというのである。そうすると、同女の救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるから、被告人がこのような措置をとることなく漫然同女をホテル客室に放置した行為と午前2時15分ころから午前4時ころまでの間に同女が同室で覚せい剤による急性心不全のため死亡した結果との間には、刑法上の因果関係があると認めるのが相当である。したがって、原判決がこれと同旨の判断に立ち、保護責任者遺棄致死罪の成立を認めたのは、正当である。

ウ コメント

本件決定は、救急医療を要請していれば十中八九救命が可能であったことにより、救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるとして、放置行為と死亡結果との間の因果関係を肯定するものである。

本決定の判断は、不作為の因果関係につき、期待された作為が行われたなら結果は生じなかったであろうという場合にそれを肯定する考えに基づく事例判断であり、このよ

うな問題に正面から言及した最初の最高裁の判例として重要な意味を持つ。

(3) あてはめ

甲がF社内の火災に気付いたのは火災のごく初期段階で、火勢も弱い段階であり、消火も容易であった。したがって、上記判例の立場からは、甲が期待された消火を行っていたら、Iの死亡やBビルの焼損といった結果が生じなかったことは合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められよう。

なお、不作為犯においては、期待された作為や作為の可能性・容易性が認定できない以上、不作為の実行行為性も認定されないことになる。したがって、不作為の実行行為性の認定と因果関係の認定の記述は重複し得ることが考えられる。本問事情において、期待された作為がなされていれば結果を防げたことの認定はさほど困難ではないことから、不作為の実行行為性の認定における作為可能性の検討が十分になされていれば、因果関係の記述は簡記することで足りよう。

<参考文献>

- 1 前田・刑法総論講義 P123～
- 2 大谷・刑法講義総論 P142～
- 3 山口・刑法総論 P77～
- 4 西田・刑法総論 P117～
- 5 刑法判例百選 I No.4

4 共同正犯と幫助の区別

(1) 総説

本問では、乙は、甲の犯罪について、Bビル及びA社通用口のカードキーの貸与やDのA社への帰社、暗証番号付き金庫の暗証番号の伝達等、一定の役割を担っている。もっとも、乙の甲に対する協力は、甲に強要された面があることも否定できない。そこで、甲への協力について、乙が共謀共同正犯としての責任を負うか、それとも幫助犯として責任を負うのか、共同正犯と幫助との区別が問題となる。

(2) 判例（最決昭 57. 7. 16・刑法判例百選No.78）

ア 事案

被告人Xは、タイ国からの大麻密輸を計画したYから、その実行担当者になって欲しい旨頼まれたが、当時Xが大麻取締役法違反の罪で執行猶予中の身であったことを理由に、これを断ったものの、大麻を入手したい欲求にかられ、知人のZに事情を明かして協力を求め、同人を身代わりとしてYに引き合わせるとともに、密輸入した大麻の一部をもらい受ける約束のもとに、その資金の一部（20万円）をYに提供した。YはZ及びWと協議して、Wを現地における買い付け役、Zを運び屋としてタイ国に派遣し、両名は大麻 1.414g を携行して大阪国際空港に到着したが、税関で発覚・逮捕された。

イ 判旨

原判決の認定したところによれば、被告人Xは、タイ国からの大麻密輸入を計画したYからその実行担当者になつて欲しい旨頼まれるや、大麻を入手したい欲求にかられ、執行猶予中の身であることを理由にこれを断ったものの、知人のZに対し事情を明かして協力を求め、同人を自己の身代りとしてYに引き合わせるとともに、密輸入した大麻の一部をもらい受ける約束のもとにその資金の一部（金 20万円）をYに提供したというのであるから、これらの行為を通じ被告人Xが右Y及びZらと本件大麻密輸入の謀議を遂げたと認めた原判決は、正当である。

ウ コメント

共同正犯の主観的成立要件としては、関与者が正犯意思を持つことが必要である。共同正犯か否かは「自己の犯罪であるか他人の犯罪であるか」と表現することもできるが（松本時夫『刑法の基本判例』66頁）、その判断に際しては、行為者の主観も考慮される。

しかし、判例が、このような主観面だけに依拠しているとするのは妥当ではなく、共犯者の果たした役割の実質的分担という客観面にも着目して総合的な判断を行っていると考えるのが妥当であろう。本決定も、「自己の身代わりとして」「資金の一部（金 20万円）を」「提供」した等の被告人の客観的に果たした役割をも実質的に判断して共同正犯を認めていると考えられる。

(3) あてはめ

乙は、甲に呼び出され、Bビル及びA社経理部の通用口のカードキー貸与の協力を要請されているが、甲の犯罪によって自分に対する疑念が及ぶことをおそれ、躊躇していた。甲は、このような態度の乙に対し、乙の横領、横領金の妻以外の女性への使い込みといっ

た事実を摘示し、会社又は妻への当該事実の告知をほのめかして自身への協力を要請するという強要行為を行っている。乙は、このような甲の強要から、甲への協力を承諾したという面も否定できない。そこで、このような側面を強調すれば、甲への協力は自己の犯罪として行っているものではなく、幫助にとどまるとすることになろう。

他方、乙の果たした役割は、甲がBビル等の内部に侵入するためのカードキーの貸与、実現こそしなかったがA社経理部金庫の暗証番号の連絡、A社へのDの帰社の可能性についての情報の伝達と、いずれも小さいものとはいえない。むしろ、カードキーの貸与及び暗証番号の連絡は、A社経理部で窃盗行為を行うには不可欠なものといえよう。また、当初は協力を躊躇していた乙も、甲からの分け前授与の申出に対して、「分け前はけちなよ。」と積極的に応じていること、犯行当日カードキーを渡した際、Dの帰社の可能性を積極的に情報提供し、さらには、Dと社内で出会った際の対処として、甲の手拳による殴打もほのめかしていることから、乙は、この時点までに自己の犯罪としての意識、すなわち、正犯意思を持ったものと評価することが可能である。

ただし、乙が最初に甲に呼び出された際には、金庫の暗証番号の件を告げず、2回目に呼び出された時に、ようやく金庫の暗証番号の件を告知した点を捉えれば、乙の正犯意思を否定する方向に働く。もっとも、2回目の呼び出しの際、金庫の暗証番号の件の告知も、甲に強要されてのものとはとはいえず、この点からも正犯意思のあることを肯定することは可能であろう。以上のような総合衡量に立った判断を行った場合には、共同正犯を肯定する方向に傾くと思われる。

<コメント>

乙に甲との共謀共同正犯が成立するとした場合、甲が、乙との事前の計画にないF社内へ立ち入ったこと、及び、そこで事後強盗行為を行っていることから、客観的に乙の共謀の射程がこれらの行為にも及ぶかが一応問題となる。

因果的共犯論の立場(共同正犯も自己の関与について責任を問われるものであるから、自己の関与と因果性を有する限度において結果に対する責任を負うとする立場)からは、共謀の射程は因果性が及ぶ範囲を意味するので、共同正犯者の1人が惹起した結果に因果性が及んでいないといえるのは、①当初の共謀内容と現実の犯行内容が日時・場所・被害者・行為態様から判断して一致しない場合、②共謀の内容として実行分担者の行動を限定するような制約が施されている場合、③共謀段階における行為者の影響力の程度が小さい場合であるとする見解が示されている(橋爪「共謀の射程と共犯の錯誤」法学教室No.359P.20以下)。

そうすると、本問の場合、F社への建造物侵入については、①被害者は異なるものの、場所(階は異なるが同じBビルである。)・日時・行為態様は異ならない、②乙が甲の行動に制約を与えた(F社への建造物侵入を禁止した)事実はなく、③共謀段階における乙の影響力の程度も小さいとはいえない。これらのことを考慮すると、甲のF社への建造物侵入の結果は、共謀の射程の範囲内であるといえる。

また、Iに対する事後強盗については、①行為態様・被害者は異なるものの、場所・日時は同じであり、②乙が甲の行動に制約を与えた(事後強盗に及ぶことを禁止した)事実はなく、かえって、当初の計画である窃盗目的でのA社への建造物侵入にあたり、「Dと会ったら、…一発かね。…あまり手荒なことはするなよ。」と、甲が事後強盗を行う場合もあることを許容するような発言をしており、③共謀段階において、乙の影響力の程度は小さいとはいえない。これらのことを考慮すると、甲の事後強盗の結果は共謀の射程の範囲内であるといえる。

なお、Bビルの現住建造物放火については、乙の計画には全く含まれていなかったものであるから、共謀の射程外である。

そして、甲のF社への建造物侵入、事後強盗行為について、乙の共謀の射程が及ぶとした場合には、当該結果について乙は客観的に帰責されることになるが、乙は、主観的にF社への建造物侵入、事後強盗に基づくI死亡の結果については認識していないので、次に、共犯の錯誤が問題となる。これに関しては、具体的事実の錯誤（F社への建造物侵入）、共犯の過剰（強盗殺人）について検討する必要がある（次項以下参照）。

<参考文献>

- 1 前田・刑法総論講義 P465～
- 2 大谷・刑法講義総論 P450～
- 3 山口・刑法総論 P323～
- 4 西田・刑法総論 P351～
- 5 刑法判例百選 I No.78

5 具体的事実の錯誤と故意

(1) 総説

甲はBビルに入り、さらにA社経理部のフロアに立ち入ろうとしたが、Dが帰社し、A社経理部のフロアに入って行ったので、甲は3階に移動したところ、F社通用口のドアが施錠がされていなかったため、F社内に立ち入って窃盗行為に及んでいる。

そこで、乙は、F社への建造物侵入・窃盗についても共謀共同正犯としての責任を負うか。具体的事実の錯誤が問題となる。

(2) 判例

ア 本問の錯誤は、乙がA社への建造物侵入及び窃盗の共同正犯ないしは窃盗の故意を有していたところ、実行行為者である甲がF社への建造物侵入及び窃盗等を行ったという、いわゆる方法の錯誤である。

イ 判例は、方法の錯誤について、古くから、認識した内容と発生した内容の両者が構成要件の範囲内で符合していれば故意を認めるという法定的符合説をとり、生じた結果についても故意犯の成立を認めてきた（大連判大 6. 12. 14）。また、最高裁は、共犯者がA宅への窃盗を教唆しながら、正犯者が自らの意思でB商会への強盗という結果を生じさせた最高裁判所昭和 25 年 7 月 11 日判決（刑法判例百選 I No.90）で、「犯罪の故意ありとなすには、必ずしも犯人が認識した事実と、現に発生した事実とが、具体的に一致（符合）することを要するものではなく、右両者が犯罪の種類（定型）として規定している範囲において一致（符合）することを以て足るものと解すべきものである」として、法定的符合説を維持した。さらに、同判決は、窃盗の教唆に対し、強盗の結果を発生させたという抽象的事実の錯誤について、「いやしくも甲の判示住居侵入強盗の所為が、被告人乙の教唆に基いてなされたものと認められる限り、被告人乙は住居侵入窃盗の範囲において、甲の強盗の所為について教唆犯としての責任を負うべきは当然であつて」と、行為者の認識した事実と発生した事実との間に構成要件的な重なり合いが認められる場合には、構成要件が重なり合う限度で軽い事実について、例外的に故意が認められるとする抽象的符合説的な立場に立つことも明らかにした。この後も、判例（最判昭 53. 7. 28・刑法判例百選 I No.40）は、強盗犯人が殺意をもって被害者に暴行を加えたところ、被害者を殺害するに至らず、傷害を負わせたにとどまり、他方で、その予期しなかった第三者に対しても傷害の結果を生ぜしめたという事案で法定的符合説を維持し、意図した客体についても未遂の結果が生じた場合について、同様に処理すべきことを明らかにした。また、同判決は、複数の故意の未遂犯の成立を認め、数故意犯説に立つことも明示した。

(3) 学説

ア 具体的符合説

認識した内容と、発生した事実とが具体的に一致しなければ故意は認められないとする。

（批判）

具体的符合説では、Aの飼犬を殺そうとして隣にいたAの飼猫を殺した場合、犬につき器物損壊罪の未遂、猫につき過失器物損壊罪が成立することになるが、両者とも現行刑法では不可罰のため無罪となるとという不合理な結論になる。

イ 法定的符合説

認識した内容と、発生した事実とが構成要件の範囲内で符合していれば故意を認める。
(根拠)

故意とは、犯罪事実、すなわち、構成要件該当事実の認識であり、結果と実行行為という構成要件の主要部分についての認識があれば故意が認められるという故意の本質からは、法定的符合説が妥当である。

(4) あてはめ

判例の立つ法定的符合説の立場に従って検討する。

乙は、甲がA社内への建造物侵入及び同場所での窃盗の事実を行うという認識しかないが、侵入先がA社かF社かという同一構成要件内での具体的事実に錯誤があるだけであるから、乙は同じ規範に直面している。したがって、建造物侵入という犯罪実行の認識に欠けるところはないから、F社への建造物侵入について共謀共同正犯としての故意責任を問うことができる。

<参考文献>

- 1 前田・刑法総論講義 P206, 225～, 242～
- 2 大谷・刑法講義各論 P176～
- 3 山口・刑法各論 P200～
- 4 西田・刑法各論 P221～
- 5 刑法判例百選 I No.40, 90

6 共犯の過剰

(1) 総説

本問で、乙の共謀の射程が甲の事後「強盗」行為にまで及ぶとし、また乙は甲が事後強盗に及ぶかもしれないことを認識・予見していたとした場合でも、甲は、乙の認識を超えてIの死亡の結果を発生させており、乙の認識と甲が発生させた結果との間に不一致が生じている。そこで、乙は、Iの死亡の結果（強盗殺人）についても、共謀共同正犯としての故意責任を負うかが問題となる。

(2) 判例

判例（最判昭 25. 7. 11・刑法判例百選 I No.90）は、前述のように認識した内容と発生した事実が構成要件を異にする場合でも、少なくとも両者のうち軽い罪の限度では故意犯を認めようとする抽象的符合説的立場に立つ。

さらに、判例（最大判昭 23. 10. 6）は、現場共謀が行われ、傷害及び傷害致死の結果が生じた事案で、実行行為に加担しなかった者に対しても傷害ないしは傷害致死罪の共同正犯を認め、結果的加重犯の重い結果を共犯者に帰責させる。また、下級審の裁判例では、強盗を共謀したところ、強盗終了後に1人が被害者を殺害した場合、共謀者は、殺害現場にいたなくても強盗致死罪の罪責を負うとされた（大阪地判平 8. 2. 6）。判例は、結果的加重犯の重い結果に過失を不要としており、そのような考え方からは、このような結論をとるのが当然と考えられている。

<コメント>

共犯の過剰においては、論理的には抽象的事実の錯誤の論点と、行為共同説と犯罪共同説の論点の2つが問題となる。前者は、構成要件的事実の認識において主観と客観に齟齬がある者にいかなる犯罪が成立するかという問題であり、後者は、各人に成立する罪名が決まった場合に、異なる罪名について共同正犯関係を認めてよいかという問題である。

もっとも、通説の立場によれば、両者とも結局は構成要件の実質的な重なり合いの検討をすることになるので、答案政策上は、両者を一体として論じても支障はないと思われる（島田・小林「事例から刑法を考える」P107参照）。

(3) あてはめ

判例の立場からは、甲による強盗殺人と乙が認識していた事後強盗とは、強盗の範囲で符合する。また、強盗行為から致死の加重結果が生じること（Iの死亡という重い結果）は、乙が認識していた強盗と相当因果関係の範囲内にある。したがって、乙は、強盗致死罪の範囲で共謀共同正犯としての故意責任を負うことになる。

<参考文献>

- 1 前田・刑法総論講義 P480～
- 2 大谷・刑法講義各論 P465～
- 3 山口・刑法各論 P342～
- 4 西田・刑法各論 P390～
- 5 刑法判例百選 I No.90