

□□□ 予備試験平成23年度論文式試験[憲法]

多くの法科大学院は2004年4月に創設されたが、A大学（国立大学法人）は、2005年4月に法科大学院を創設することとした。A大学法科大学院の特色は、女性を優遇する入学者選抜制度の採用であった。A大学法科大学院が女性を優遇する入学者選抜制度を採用する主たる理由は、法科大学院・新司法試験という新しい法曹養成制度の目的として多様性が挙げられているが、法曹人口における女性の占める比率が低い（参考資料参照）ことである。A大学法学部では、入学生における女子学生の比率は年々増え続けており、2004年度には女子学生が約40パーセントを占めていた。A大学法科大学院としては、法学部で学ぶ女子学生の増加という傾向を踏まえて、法科大学院に進学する女性を多く受け入れることによって、結果として法曹における女性の増加へ結び付けることができれば、法科大学院を創設する社会的意義もある、と考えた。

A大学法科大学院の入学者選抜制度によれば、入学定員200名のうち180名に関しては性別にかかわらず成績順に合格者が決定されるが、残りの20名に関しては成績順位181位以下の女性受験生のみを成績順に合格させることになっている（このことは、募集要項で公表している。）。

男性であるBは、2007年9月に実施されたA大学法科大学院2008年度入学試験を受験したが、成績順位181位で不合格となった。なお、A大学法科大学院の2008年度入学試験における受験生の男女比は、2対1であった。

〔設問1〕

あなたがA大学法科大学院で是非勉強したいというBの相談を受けた弁護士であった場合、どのような訴訟を提起し、どのような憲法上の主張をするか、述べなさい（なお、出訴期間について論ずる必要はない。）。

〔設問2〕

原告側の憲法上の主張とA大学法科大学院側の憲法上の主張との対立点を明確にした上で、あなた自身の見解を述べなさい。

【参考資料】法曹人口に占める女性の比率（2004年までの過去20年のデータ）

		女性割合 (裁判官) (%)	女性割合 (検事) (%)	女性割合 (弁護士) (%)
昭和60年	1985年	3.3	2.1	4.7
昭和61年	1986年	3.5	2.0	4.8
昭和62年	1987年	3.9	2.1	5.0
昭和63年	1988年	4.1	2.5	5.2
平成元年	1989年	4.5	2.9	5.3
平成2年	1990年	5.0	3.5	5.6
平成3年	1991年	5.5	3.8	5.8
平成4年	1992年	6.0	4.1	6.1
平成5年	1993年	6.7	4.6	6.3
平成6年	1994年	7.2	5.0	6.5
平成7年	1995年	8.2	5.7	6.6
平成8年	1996年	8.9	6.4	7.3
平成9年	1997年	9.7	7.1	7.8
平成10年	1998年	10.2	8.0	8.3
平成11年	1999年	10.4	8.4	8.9
平成12年	2000年	10.9	9.2	8.9
平成13年	2001年	11.3	10.6	10.1
平成14年	2002年	12.2	11.6	10.9
平成15年	2003年	12.6	12.6	11.7
平成16年	2004年	13.2	12.8	12.1

（制限時間70分：行政法と合わせて140分）

＜目標＞

- ① 主張→反論→あなたの見解という出題形式に慣れる。
- ② 平等原則（14条1項）を使う場面かどうかを確実に判断できるようになる。
- ③ 人権と統治の融合問題に慣れる。

＜重要条文＞

- 1 平等原則（14条1項）
- 2 司法権（76条1項）

＜答案作成上のアドバイス＞

- ① 近時、予備試験だけでなく、法科大学院入試・新司法試験でも平等原則が頻出なので、平等原則パターンを使うべき場面なのかどうか、確実に判断できるようにしてください。
- ② 本問は、なんといっても“どのような訴訟を提起…するか”という問いに答えるため、行政法上の訴訟選択が求められているのが特徴です。予備試験では、[憲法・行政法]が同一の時間帯で問われるので、今後もこのような科目横断的な出題があり得ます。
- ③ また、本問は、人権と統治の分野を横断する問題でもあります。統治の問題は、多くの受験生が比較的手薄ですから、人権の問題を適切に論述するだけで合格ラインに達することもできるでしょう。

なお、判例（技術士試験事件：最判昭41.2.8）に照らすと、司法権の範囲外となって、そこで論述が終わってしまうので、そのように処理するならば、解答過程のように、平等原則の論述をした上で、最後に付け加える形で論述すべきです。

＜解答過程＞

〔設問1〕

 本問で、困っている人は誰か？

⇒B

 Bを困らせているのは、誰のどんな法令・行為だろうか？

⇒A大学（国立大学法人）法科大学院の入学者選抜制度（本件制度）と、それに基づいてBを“不合格”（問題文第3段落）とした決定

Bの提起すべき訴訟

⇒まず、A大学（国立大学法人）法科大学院＝「公権力」に対するものなので、行政訴訟を提起すべき



どのような行政訴訟を提起すべきか？

行訴法3条2～7項→4条前・後段→5条→6条の順に検討



Bの不合格決定の効力否定（行訴法3条2・4項）だけでは、Bが入試に合格したことにならない
→積極的に、Bが入試に合格したことを認めさせる行政訴訟を選択すべき

⇒BがA大学法科大学院の学生としての地位を有することの確認の訴え（行訴法4条後段：実質的当事者訴訟）

憲法上の主張

・問題文第2段落“入学定員200名のうち180名に関しては”「性別」（14条1項後段列举事由）“にかかわらず成績順に合格者が決定される”が、“残りの20名に関しては成績順位181位以下の女性受験生のみを成績順に合格させる”

・問題文最後“男女比は、2対1”

といった、差別が問題となる状況

⇒平等原則（14条1項）について、①問題文が明らかに書くことを求めている場合と見られる。



Bの相談を受けた弁護士として、Bの立場に立って、本件制度とそれに基づくBの不合格決定が14条1項に反する旨を、Bに有利な形で一方的に主張する。

〔設問2〕

対立点

→設問1におけるBの主張に対するA大学法科大学院の反論を想像する

⇒本件制度に基づくBの不合格決定は、14条1項に反しない。

＋「司法権」（76条1項）の範囲外（技術士試験事件：最判昭41.2.8）・限界（部分社会の法理）に触れる。



A＝大学→自治（23条）

①本件制度に基づくBの不合格決定が14条1項に反するか？

②Bの訴えに司法権が及ぶか？

あなた自身の見解

①本件制度に基づくBの不合格決定が14条1項に反するか？

⇒1-1-2-1「平等原則パターン」



- ・「法の下に」平等＝法適用＋法内容の平等
- ・「平等」＝合理的差別を許す相対的平等



差別の合理性の審査基準

→(a) 後段列举事由についての差別か ※アフターマティブ・アクション

(b) 差別されている権利・利益の性質

を使って、審査基準の厳緩を調整する。



設定した審査基準に、問題文の事情を **あてはめ** て、**結論** を出す。

②Bの訴えに司法権が及ぶか？

「司法権」（76条1項）＝具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって



これを裁定する国家作用

具体的な争訟＝「一切の①法律上の②争訟」（裁判所法3条1項）

＝①法令の適用により終局的に解決しうべき

②当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係に関する争い



あてはまるとしたら…

部分社会の法理の検討

講師作成答案例

	第1 設問1
5	1 憲法上の主張
	成績順位182位以下の女性受験生の合格者がいるのに同181位のBを不合格とする
	決定は、「性別」による不合理な差別である。
	よって、Aの入学者選抜制度（本件制度）に基づく本件入試におけるBの不合格
	決定は、14条1項に反する。
	2 提起する訴訟
	(1) 本件制度やBの不合格が14条1項に違反し無効であるとしても、それによって
	直ちにBが本件入試に合格したことになるわけではないから、BがAによる不
10	合格決定の取消しや無効確認を求めるだけでは、Aで勉強したいというBの望みが
	かなうわけではない。
	(2) そこで、Aを被告として、端的に、BがAの学生としての地位を有することの
	確認を求める実質的当事者訴訟（行訴法4条後段）を提起する。
	第2 設問2
15	1 対立点
	(1) Bの訴えには、裁判所の司法権（憲法76条1項）が及ばないのではないか。
	(2) 本件制度に基づくBの不合格決定は、14条1項に反しないか。
	2 私の見解
20	(1)ア 「司法権」（76条1項）とは、具体的な争訟について、法を適用し、宣言する
	ことで、これを裁定する国家作用をいう。具体的な争訟とは、「一切の法律上
	の争訟」（裁判所法3条1項）つまり①法令の適用により終局的に解決しうべき
	②当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する争いをいう。
	なぜなら、②紛争当事者が自己の権利義務をめぐる主張し、公平な裁判所
25	が①法に従って判断を下す構造が、「司法権」になじむからである。
	(ア) 確かに、学問上の能力・知識等の優劣による合否判定は、①②ともみた
	さないとも思える。
	しかし、Bの訴えは、差別による合否判定を問題としているから、①14
	条1項の適用により終局的に解決しうべき②BA間の前記第1の2(2)の地位
	という法律関係の存否に関する争いといえる。
30	(イ) とすると、Bの訴えは、「一切の法律上の争訟」にあたり、司法権の範
	囲内である。
	イ また、Aは、学問の自由（23条）侵害防止のため制度的に保障されていると
	解される大学の自治を根拠とし、本件制度を含めた自律的な法規範を有する特
	殊な部分社会といえる。
35	とすると、一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる
	限り、司法権が及ばない（部分社会の法理）と考えられる。
	しかし、Bの訴えでは、Aに入学前の一般市民たるBについて、差別という
	重要事項が問題となっているから、司法権が及ぶ。
	(2)ア まず、「法の下に」平等とは、法適用だけでなく法内容の平等も含むと解す
40	べきである。不平等な内容の法を平等に適用しても、不平等な結果となるだけ
	だからである。
	また、「平等」とは、合理的差別を許す相対的平等と解すべきである。事実
	上の差異ある「個人として尊重される」（13条前段）べきだからである。
	イ ここで、差別の合理性の判断基準が明らかでなく問題となる。

45	(ア) 本件でBは、歴史的に問題となってきた「性別」に着目して差別されているが、法曹人口における女性の占める比率が低いことを是正して実質的平等を図るためのアファーマティヴ・アクションである。
50	(イ) また、Aにおける学問の自由(23条)という、一旦侵害されるとは正困難な精神的自由権に関して差別されたともみられるが、A以外での学問の自由は差別されていないだろう。
	そこで、中間的な基準、具体的には①重要目的と②実質的関連性ある③充分合理的な手段による差別ならば、合理的と解すべきである。
55	ウ(ア) 本件制度に基づくBの不合格決定の①目的は、上記アファーマティヴ・アクションにあるが、A大学法学部の法律に関心があるといえる女子学生比率が約40%であるにもかかわらず、平成16年時点では法曹人口における女性の比率が12パーセント程度にとどまることからすると、これを高める必要があるといえる。これは、司法権の担い手たる法曹の多様性を確保するという新しい法曹養成制度の目的にも適い重要といえる。
60	(イ) 他方、③本件制度は、200名のうち180名に関しては性別にかかわらず成績順に合格者が決定され、残りの20名に限り、成績順位181位以下の女性受験生のみを成績順に合格させるとの手段をとる。
65	ここで、仮に合格者の男女比が受験者と同じく2対1とすると、本件制度では、上位180名のうち60名+20名=80名が、女性合格者数となる。これは入学定員200名の40%であり、A大学法学部の女子学生比率とほぼ同じとなるにすぎない。また、女性を優遇しないと、入学定員200名のうち約67名が女性合格者数となるから、優遇された女性は約13名にとどまる。

70	しかも、本件制度における女性優遇は、募集要項で公表されているから、男性受験生が不測の不利益を被るものではない。
75	(ウ) さらに、②本件制度に基づくBの不合格決定により、Aに入学する女性は増加する。そして、Aは、結果として法曹における女性の増加へ結び付けることがAを創設する社会的意義と考えている以上、女性に対する法曹教育をしっかりと行ってくれるのだろう。とすると、彼女らがA卒業後の新司法試験等を通して、目的①を充分達成できると考えられるから、実質的関連性もある。
80	エ よって、本件制度に基づくBの不合格決定は、14条1項に反しない。
85	以 上

(新) 司法試験平成20年度短答式試験：民事系第2問

未成年者に関する次のアからオまでの各記述のうち、正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

ア. 未成年者は代理人になれない。

イ. 未成年者に対して親権を行う者がいないときは、後見が開始する。

ウ. 未成年者が他人に損害を与えた場合には、未成年者は不法行為責任を負わず、その監督義務者が不法行為責任を負う。

エ. 未成年者が婚姻をするには、法定代理人の同意を得なくてはならない。

オ. 未成年者であっても、許可された特定の営業に関しては、行為能力を有する

1. ア イ 2. ア エ 3. イ オ 4. ウ エ 5. ウ オ

未成年者

正解 3

正しいものはイ、オであり、正解は3となる。

ア. 誤っている。

未成年者に関する説明として、本肢は誤っている。

民法102条は、「代理人は、行為能力者であることを要しない。」としており、未成年者でも代理人になることはできるので、本肢は誤っている。代理の効果は本人に帰属するから、代理人が不利益を被るわけではないし、制限行為能力者を代理人にするリスクを考慮した上で本人が代理人に選任するのなら、それを禁止する必要はないからである。

イ. 正しい。

未成年者に関する説明として、本肢は正しい。

民法838条1号は、「未成年者に対して親権を行う者がいないとき、又は親権を行う者が管理権を有しないとき」に後見が開始するとしている。親権を行う者がいないときでも、未成年者の監護・教育や財産管理が必要だからである。

ウ. 誤っている。

未成年者に関する説明として、本肢は誤っている。

民法712条は、「未成年者は、他人に損害を加えた場合において、自己の責任を弁識するに足りる知能を備えていなかったときは、その行為について賠償の責任を負わない。」としており、自己の責任を弁識するに足りる知能を備えていれば未成年者でも不法行為責任を負うので、本肢は誤っている。

自己の責任を弁識する能力を「責任能力」という。判例には、11歳11ヶ月の少年に責任能力を認めたもの（大判大4.5.12）、12歳2ヶ月の少年に責任能力を否定したもの（大判大6.4.30）がある。

エ. 誤っている。

未成年者に関する説明として、本肢は誤っている。

民法737条1項は、「未成年の子が婚姻をするには、父母の同意を得なければならない。」としている。しかし、未成年後見人（父母以外の者）が法定代理人となる場合があるが、未成年者の婚姻に未成年後見人の同意を要するとする条文はない。

したがって、未成年者が婚姻をするには、法定代理人の同意を得なくてはならないとする本肢は誤っている。

オ. 正しい。

未成年者に関する説明として、本肢は正しい。

民法6条1項は、「一種又は数種の営業を許された未成年者は、その営業に関しては、成年者と同一の行為能力を有する。」としている。

条解テキスト(民法)抜粋

第6条（未成年者の営業の許可） □ □ □

一種又は数種の営業を許された未成年者は、その営業に関しては、成年者と同一の行為能力を有する。

- 2 前項の場合において、未成年者がその営業に堪えることができない事由があるときは、その法定代理人は、第四編（親族）の規定に従い、その許可を取り消し、又はこれを制限することができる。

- 1 「一種又は数種」 ≠ 一種の一部、すべての種類
2 「取り消し」 = 撤回 → 遡及効（121条本文）なし ∴ 取引の安全

第102条（代理人の行為能力） □ □ □

代理人は、行為能力者であることを要しない。

1 意味

代理人には行為能力は不要 → 代理人の制限行為能力を理由に代理行為を取り消すことはできない。

※意思能力は必要 = 意思無能力による無効主張は可。

2 適用範囲 法定代理にも適用される

3 代理人の制限行為能力と代理権授与行為（授權行為）の取消し **解釈**

代理人が制限行為能力を理由に授權行為または委任等の事務処理契約を取り消せるか、取り消した場合に既に行われた代理行為が無権代理となるのが主な問題である。

(1) 取消しの対象

ア 授權行為

代理人は、授權行為そのものを取消すことはできない。

∴ 授權行為は代理人に代理権を与えるだけで不利益を与えない（5条1項但書、13条1項。但し9条）

※授權行為は①委任等の内部関係と独立の②委任に類似した一種の無名契約と解される。

イ 委任等の事務処理契約

代理人は取り消せる → その場合は授權行為も消滅する ∴ 目的手段の関係（有因説）

(2) 取消しの効果

→ 102条の趣旨を及ぼし、代理権は将来に向かってのみ消滅する。

⇒ 既に行われた代理行為は無権代理とはならない。

→ 代理権は遡及的に消滅する（121条本文）が、表見代理（109条、110条、112条）で保護。

第712条（責任能力） □ □ □

未成年者は、他人に損害を加えた場合において、自己の行為の責任を弁識するに足りる知能を備えていなかったときは、その行為について賠償の責任を負わない。

- 1 趣旨 未成年者保護の見地から、政策的に不法行為責任を否定した ※客観化された過失とは無関係
- 2 要件 「自己の行為の責任を弁識するに足りる知能を備えていなかった」
→ 具体的判断によるが、12歳くらいで具備されるといわれている。

第737条（未成年者の婚姻についての父母の同意） □ □ □

未成年の子が婚姻をするには、父母の同意を得なければならない。

- 2 父母の一方が同意しないときは、他の一方の同意だけで足りる。父母の一方が知れないとき、死亡したとき、又はその意思を表示することができないときも、同様とする。

- 1 趣旨 婚姻の判断能力が不十分な未成年者の保護
- 2 違反の効果 : 受理されていれば、取り消すことはできない。
∴ 744条は本条の事由を取消しの対象にしていない。

第838条 □ □ □

後見は、次に掲げる場合に開始する。

- 一 未成年者に対して親権を行う者がいないとき、又は親権を行う者が管理権を有しないとき。
- 二 後見開始の審判があったとき。

1 意義

- (1) 未成年後見：親権の補充による未成年者の保護

- (2) 成年後見：成年被後見人の保護

cf. 任意後見制度＝本人が判断能力を有している間に、それが不十分になった場合に備えて、予め将来の後見事務につき、任意後見人に代理権を授与するもの。

→ 本人の判断能力が不十分になったときの任意代理人の監督を通じての本人の保護

※ 法定後見と異なり、任意代理の一種なので、本人の行為能力は制限されない。

2 開始原因

- (1) 未成年後見（1号）

ア 「未成年者に対して親権を行う者がいないとき」＝単独親権者死亡、親権喪失、親権停止、親権辞任

イ 「親権を行う者が管理権を有しないとき」＝管理権喪失、管理権辞任

※ この場合の後見人の権限につき868条

- (2) 成年後見 : 「後見開始の審判があったとき」（2号、7条）（cf）任意後見→契約

(新) 司法試験平成23年度短答式試験: 刑事系第2問

次のアからオまでの各事例を判例の立場に従って検討し、() 内の甲の行為とVの死亡との間に因果関係が認められる場合には1を、認められない場合には2を選びなさい。

- ア. 甲は、深夜、高速道路上で自動車(甲車)を運転中、大型トレーラー(乙車)を運転中の乙とトラブルになり、乙車の進路を妨害した上、追越車線上に乙車を停止させた。甲は、甲車から降り、乙を降車させた上、路上で乙に暴行を加えた後、甲車を運転して立ち去った。乙は、甲が立ち去った後、甲に奪われないためにズボンのポケットにエンジンキーを入れていたのを失念し、乙車を追越車線上に停車させたまま、エンジンキーを探していた。甲が立ち去ってから約5分後、後方から自動車を運転してきたVは、乙車を発見するのが遅れて自車を追突させ、Vはそれにより死亡した。(甲が乙車を追越車線上に停止させた行為)
- イ. 甲は、人通りの多い路上でVとけんかになり、Vの顔面を殴打したところ、Vは路上に転倒し、脳震とうを起こして一時的に意識を失った。甲がVを放置して逃走した後、日頃からVに恨みを持っていた乙が通り掛かり、意識を失っているVの腹部を多数回足で蹴ったところ、Vは乙のこの暴行で生じた内臓の出血により死亡した。(甲がVの顔面を殴打して転倒させた行為)
- ウ. 甲は、高速道路のパーキングエリアに駐車中の自動車内で、V女と口論になり、感情が高ぶってV女の顔面を平手で1回殴打した。V女は、腹を立てて一人で帰宅しようと考え、車外に出て、高速道路の本線を横断し、反対車線側に設置された高速バスの停留所に行こうとしたところ、本線上を走行してきた乙運転の自動車にはねられ、全身打撲により死亡した。(甲が車内でV女を殴打した行為)
- エ. 甲は、Vを不法に逮捕した上、自動車後部のトランク内にVを監禁した状態で同車を発進させ、信号待ちのため路上で停車中、居眠り運転をしていた乙が自車を甲の運転する車両に追突させたため、Vは追突による全身打撲により死亡した。(甲が運転中の自動車のトランク内にVを監禁していた行為)
- オ. 甲は、Vの後頸部に割れたビール瓶を突き刺し、Vに重篤な頸部の血管損傷等の傷害を負わせたため、Vは病院に搬送された。Vは、病院で手術を受け、容体が一旦は安定したが、医師からなお予断を許さないから安静を続けるように指示されていたにもかかわらず、医師の指示に従わずに病室内を動き回ったため、当初の傷害の悪化による脳機能障害により死亡した。(甲がVの後頸部をビール瓶で突き刺した行為)

因果関係（判例）**正解 ア1、イ2、ウ2、エ1、オ1**

因果関係が認められる事例はア・エ・オ、認められない事例はイ・ウであるから、正解は、ア1、イ2、ウ2、エ1、オ1となる。

ア. 因果関係が認められる。

本肢の事例においては、甲の行為とVの死亡との間に因果関係が認められる。

判例（最決平16. 10. 19）は、本肢と同様の事案において、「夜明け前の暗い高速道路の第3通行帯上に自車及びA〔乙〕車を停止させたという被告人〔甲〕の本件過失行為は、それ自体において後続車の追突等による人身事故につながる重大な危険性を有していたというべきである。そして、本件事故は、被告人の上記過失行為の後、Aが、自らエンジンキーをズボンのポケットに入れたことを失念し周囲を捜すなどして、被告人車が本件現場を走り去ってから7、8分後まで、危険な本件現場に自車を停止させ続けたことなど、少なからぬ他人の行動等が介在して発生したものであるが、それらは被告人の上記過失行為及びこれと密接に関連してされた一連の暴行等に誘発されたものであったといえる。そうすると、被告人の過失行為との死傷との間には因果関係があるというべきである」としている。

イ. 因果関係が認められない。

本肢の事例においては、甲の行為とVの死亡との間に因果関係が認められない。

判例（最決平2. 11. 20）は、「犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができ」としている。

本肢の事例では、甲がVの顔面を殴打して転倒させた行為によりVの死因となった内臓の出血が形成された場合ではないから、この判例の立場に従って検討すると、同行為とVの死亡との間に因果関係が認められない。

むしろ、乙の暴行とVの死亡との間に因果関係が認められる。

ウ. 因果関係が認められない。

本肢の事例においては、甲の行為とVの死亡との間に因果関係が認められない。

判例（最決平15. 7. 16）は、「被害者が逃走しようとして高速道路に進入したことは、それ自体極めて危険な行為であるというほかないが、被害者は、被告人らから長時間激しくかつ執ような暴行を受け、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とっさにそのような行動を選択したものと認められ、その行動が、被告人らの暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったとはいえない。そうすると、被害者が高速道路に進入して死亡したのは、被告人らの暴行に起因するものと評価することができるから、被告人らの暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定」することができるとしている。

本肢の事例では、V女は、甲から長時間激しくかつ執拗な暴行を受けたわけではなく、顔を平手で1回殴られたにすぎない。また、V女は、甲に対し極度の恐怖感を抱き必死に逃走を図る過程でとっさに高速道路に進入したわけではなく、腹を立てて一人で帰宅する過程で高速道路の本線を横断し、反対車線側に設置された高速バスの停留所に行こうとしたものである。

これは、そもそも甲の暴行から逃れる方法ではないから、上記判例の立場に従って検討すると、甲が車内でV女を殴打した行為とVの死亡との間に因果関係が認められない。

エ. 因果関係が認められる。

本肢の事例においては、甲の行為とVの死亡との間に因果関係が認められる。

判例（最決平18.3.27）は、本肢と同様の事案において、「被害者の死亡原因が直接的には追突事故を起こした第三者の甚だしい過失行為にあるとしても、道路上で停車中の普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を監禁した本件監禁行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができる。」としている。

オ. 因果関係が認められる。

本肢の事例においては、甲の行為とVの死亡との間に因果関係が認められる。

判例（最決平16.2.17）は、本肢と同様の事案において、「被告人らの行為により被害者の受けた前記の傷害は、それ自体死亡の結果をもたらす得る身体の損傷であって、仮に被害者の死亡の結果発生までの間に、上記のように被害者が医師の指示に従わず安静に努めなかったために治療の効果が上がらなかったという事情が介在していたとしても、被告人らの暴行による傷害と被害者の死亡との間には因果関係がある」としている

条解テキスト(刑法)抜粋

第3 因果関係

:これが欠けても「犯罪…を遂げなかった」(43条本文)に当たる

:結果が生じていても、それは実行行為を完「遂」したものではない

1 条件関係

(1) 公式 : “その(実行)行為なければその結果なし” ※具体的に検討する

(2) 問題点

ア 仮定的因果関係 ⇔ 条件関係は現実的に判断すべき、仮定を加えてはならない

※不作為の条件関係 : “その不作為なければその結果なし” ⇔ 他の不作為が無限にあり判断不能

⇒ “期待された作為があればその結果なし”

= 仮定 → 加えざるを得ない

イ 択一的競合 = 競合行為が単独でも同じ結果が生じた場合

⇒ 公式を修正し、“競合する全行為なければその結果なし”

: 社会通念、重量的因果関係では条件関係が認められることとの均衡

= 2つ以上の行為が重畳して初めて結果を生じた場合

※因果(条件)関係の断絶 = 条件関係を否定 ≠ 相当因果関係を否定 = 因果関係の中断

2 相当因果関係

(1) 客観的帰属論 : (実行)行為の危険が結果に現実化した場合に相当因果関係を認める。

(: 相当因果関係 = 行為者の行為に結果を帰責させることが相当かどうかの問題)

※考慮要素 : ① 実行行為自体の危険性 (大なら相当因果関係肯定方向)、

② 介入事情の異常性、

③ 介入事情の結果への寄与度 (大なら相当因果関係否定方向)

(2) 折衷的相当因果関係説

= 行為時に一般人が認識・予見し得た事情及び行為者が特に認識・予見していた事情を基礎として、

その行為からその結果が生じたことが社会通念上相当といえる場合に、

相当因果関係を認める

: 因果関係 = 社会通念上の違法有責類型たる構成要件の要素