

再チャレ第2回

講評と自分のミス

2020

問1

- 構成要件に該当する⇒論点(因果関係、故意 etc)
- 定義(傷害、暴行、故意等)にあてはめていく
- Tb 該当性(客観的⇒主観的)⇒Rw 阻却自由⇒S 阻却自由
- 因果関係の前に故意の話を振っておくことで、なぜ殺人罪?の疑問は消える
- 少なくとも暴行罪から傷害致死罪までしか成立しないこと
- 自招侵害:正当防衛の要件のうち、どこが論点となるのか?急迫不正の侵害が欠ける?とも考えられるが、正当防衛の要件を検討したうえで話でOK!
- ①甲;蹴る②A;ラリアット③甲;殴打
- ⇒①と②の時間的場所的近接性・法益権衡(②と③ではない)
- ⇒時間的場所的近接性で切れたとしてもその後の要件もさらっと検討しておくのが安心
- 心神耗弱⇒犯罪成立後の刑の減輕事由であることに注!!
- 原因において自由な行為の適用場面に注意:故意を抱いたときに責任能力があったかなかったかについて多く記述されているケース、余事記載にならないように

問2

- 共犯関係の処罰根拠から共犯関係の解消を認める要件を導く
- 実行の着手の前後で因果性の遮断に必要な程度が変わってくることを規範の部分で示しておく

2021

問1

- B、C、Cの犬において客体の錯誤(故意)、因果関係が主なテーマ
- 射殺しよう⇒故意:構成要件該当事実についての認識・認容
- Cの犬について:器物損壊(261)の否定において、「認識している事実と実際に発生している事実が異なるTbにまたがっている場合には、故意が認められないのが原則である。ただし、Tbは法益侵害行為を類型化したものであるから、保護法益や行為態様の点でTbに実質的な重なり合いが認められる場合には、」ここのTbの記入不足
- 介在事情で寄与度が小さい場合はあるのか⇒医療ミス?による同じ原因の失血死
- 未遂:実行に着手したもののその実行行為によって結果が発生しなかった場合

問2

- 第1暴行、第2暴行について正当防衛が成立するの可否か

○傘の破壊について緊急避難

○「逃げる余裕があったのにその場にとどまり」:補充性が36条1項の要件ではないことも述べるとよりよいか

○第1暴行と第2暴行という甲の行為をどのようにとらえるべきか

⇒①防衛の意思が継続していたか、もっぱら攻撃の意思であったか②相手方がさらなる侵害行為に及んでこないことを認識していたか否か③第2暴行の態様・程度

○誤想防衛が出そう???どここの要件の話か

問3

○乙:強盗の客観的Tb主観的Tb+Rw阻却なし⇒Sで切れる

○甲:窃盗の教唆/強盗の故意がないから

○共犯の処罰根拠が従属性の論証に必須!!!

⇒共犯の処罰根拠は正犯の実行行為を介して法益を侵害する点にある

⇒61条1項が「実行させた」にとどまる

○狭義の共犯の要素従属性から書くとすっきり、教唆犯自体が成立しうるのかから!!!

2020

【問1】

1.甲の第3暴行により、Aは顔面に傷害を負っているのに、甲はAの生理的機能を害したといえ傷害罪(204条)の構成要件をみたらす。

2.では、傷害致死罪(205条)の構成要件までみたらすか。

甲の第3暴行とAの死亡結果との間に因果関係が認められるかが問題となる。

(1)刑法上の因果関係は条件関係に加えて、行為の危険性が結果として現実化した場合に認められる。そして、行為時に存在した全ての事情を基礎として行為の危険性を判断するべきである。

(2)本件でこれを見るに、甲がAに対して第3暴行を加えなければAは死亡しなかったといえるので条件関係は認められる。

そして実行行為時にAは脳梅毒に罹患し脳組織が軟化していた事情を基礎とすると、甲の第3暴行は脳組織を破壊してAを死亡させる危険を含むものといえ、Aの死亡結果は甲の第3暴行の危険性が結果として現実化したものといえる。

よって因果関係が認められる。

従って傷害致死罪の構成要件をみたらす。

コメントの追加 [Y1]: 構成要件該当性を検討した方が
良いと思います。

3.もともと甲はAによる第2暴行を受けているところ、第3暴行に正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却されないか。

(1)まず、甲はAからの第2暴行という「急迫不正の侵害」に対し、「自己」の生命・身体の安全という「権利を防衛するため」に、「やむを得ず」第3暴行にでたといえる。よって条文上の要件をみたらす。

コメントの追加 [Y2]: 要件は満たすのでしょうか。

(2)しかしAの第2暴行は、甲がAを強く蹴った第1暴行により自ら招いたものである。そこで自招侵害に対する反撃の場合にも正当防衛が成立するかが問題となる。

まず、違法性の実質は結果無価値のみならず行為無価値にもあるところ、正当防衛が違法性を阻却する根拠は、行為の社会的相当性にあると解する。

そうだとすると、違法な行為によって相手方の侵害行為を招いた場合、①侵害誘致行為と相手方の侵害行為が時間的場所的に近接しており、②相手方の侵害行為が侵害誘致行為者の予想以上に重大な法益を侵害するものでない場合には、相手方の侵害行為に対し反撃行為に出ることが社会的に相当性でないといえ、正当防衛は成立しないといふべきである。

本件でこれを見るに、第1暴行の現場から第2暴行の現場までわずか90メートルしか離れておらず、大きな時間的隔たりもないと考えられるから、一連一帯の事態といえる(①)。足を強く蹴るという第1暴行に対し、自転車に乗りながらではあるが背後から首付近を強く殴打する行為は甲の予想を超える重大な法益を侵害する行為とはいひ難い(②)。以上より、第2暴行に対する反撃行為である第3暴行は行為の社会的相当性に欠ける。

(3)よって正当防衛は成立せず、違法性が阻却されない。

4.したがって、甲の第3暴行に傷害致死罪が成立する。

5.ただし甲は第3暴行時、弁識能力が著しく減少していたところ、39条2項により刑が必要的減軽されないか。

心神耗弱とは精神障害により弁識能力または制御能力が著しく減退していることをいう。そして、本問のように飲酒によりアルコール中毒で減退した場合も含むと解する。

よって39条2項により刑の減軽が認められる。

6.したがって、甲は第3暴行につき傷害致死罪の罪責を負い、必要的減軽をうける。

【問2】

I.乙の罪責

1.A方に侵入した行為は、Aの「住居」に住居権者たるAの意思に反して「侵入」した行為であるから、住居侵入罪(130条前段)が成立する。

2.また、乙は強盗を実行し A から現金を強取しているので、強盗罪(236 条 1 項)が成立する。

3.よって乙の行為につき、住居侵入罪、強盗罪が成立し、後述の通り両者は甲との共同正犯(60 条)となり、2 罪は牽連犯(54 条 1 項後段)となる。

II. 甲の罪責

1.乙との住居侵入罪の共同正犯(130 条前段、60 条)が成立しないか。

共同正犯の処罰根拠は、相互利用補充関係のもと、結果に対して物理的・心理的因果性を及ぼす点にある。

そこで共同正犯が成立するには、①共謀、②共謀者の一部又は全部の者による共謀に基づく実行行為が必要である。

本件で甲と乙は、①A 方に侵入し強盗することを計画し、②実際に共謀者の乙が A 方に侵入している。

よって乙が A 方に侵入した時点で、住居侵入罪の共同正犯が成立する。

2.では強盗罪の共同正犯も成立するか。甲が乙に「先に帰る」と告げて現場付近から立ち去っているところ、共同関係が解消されたかが問題となる。

上述の共同正犯の処罰根拠に照らし、共同関係の解消が認められるためには、かかる相互利用補充関係ないし因果性が遮断されることが必要である。

本件で甲は乙が強盗に着手する前に「先に帰る」と電話で告げ、強盗という犯行を放棄する旨を乙に表明している。そして乙は甲の言葉を聞き、一度止めてはいるものの、甲が立ち去ったことを確認してもなお犯行を続けている。よって乙は甲の意思を了承したといえる。そうだとすれば因果性は遮断されたとも思える。

しかし、甲と乙は A 方に侵入して強盗することを計画し、既に乙が A 方に侵入しているのであるから、因果性の遮断が認められるためには、**その後の犯行を防止する積極的な措置を講ずることが必要と解する。**

甲は乙に自己の意思を一方的に告げただけで何ら防止措置をとっていない。よって因果性が遮断されず、共同関係は解消されないといえる。

したがって甲も強盗罪の共同正犯の罪責を負う。

3.以上より甲は、乙との住居侵入罪の共同正犯、乙との強盗罪の共同正犯が成立し、両者は牽連犯となる。

コメントの追加 [Y3]: なぜ追加の要素が出てくるのか
論証ができればさらに良かったかと思います。

2021

【問 1】

1.B に向けて拳銃を発射した行為につき、殺人罪(199 条)が成立しないか。

(1)まず上記甲の行為は殺人罪の実行行為にあたる。そして B は死亡している。もっとも B の死亡との間に、B の入院先の病院で火災が発生するという介在事情があるところ、甲の上記行為と B の死亡結果との間の因果関係が認められるかが問題となる。刑法上の因果関係は、条件関係に加えて、行為の危険性が結果として現実化したといえる場合に認められる。

本件でみるに、まず、甲が B に対して拳銃を発射しなければ B は死亡しなかったといえる(条件関係あり)。

そして、甲の行為により B は死亡する危険のある傷害を負っている。しかし、B が入院する病院に何者かが放火し火災が発生するという介在事情は通常想定できるものではない。よって異常性が高いといえる。

また B の直接の死因は火災による一酸化中毒死である

から、甲の行為よりも火災による B の死亡結果への寄与度が大きいといえる。

したがって因果関係が認められない。

よって殺人未遂罪(199 条、203 条)の客観的構成要件を充足するにとどまる。

コメントの追加 [Y4]: 未遂罪の成立についても検討できればなおよいと思います。

(2)甲は A を射殺しようとしているところ、B に対する殺人未遂罪の故意(38 条 1 項)が認められるか。

ア. 故意の本質は規範に直面し反対動機の形成が可能であったにもかかわらず、あえて行為に及んだことに対する強い道義的非難にある。そして規範は構成要件の形で一般国民に与えられている。

コメントの追加 [Y5]: 故意の論証はこのような形が一般的でしょうか。

そこで、甲が認識していた事実と実際に発生した事実とが構成要件レベルで一致している場合には故意が認められると解する。

甲は「人」A を殺そうとして、「人」B を殺す現実的危険性のある行為をしているので、故意が認められる。

よって主観的構成要件を満たす。

イ. なお、後述のように甲は C に対する殺人罪が成立するが、殺人罪、殺人未遂罪の 2 罪が成立するかが問題となる。

故意を構成要件レベルで抽象化する以上、故意の個数は観念できない。よって発生した犯罪の数だけ故意半が成立する。もっとも両罪は 1 個の拳銃発射行為によるものであるから、観念的競合(54 条 1 項前段)となる。

(3)以上よりBに対する殺人未遂罪が成立する。

2. 拳銃を発射した行為につき、Cに対する殺人罪が成立しないか。

(1)まず上記行為は殺人罪の実行行為にあたり、これによってCの死亡結果が生じている。

(2)もっともCに対する故意が認められるか。

上述の通り、甲の認識していた事実と実際に発生した事実とが構成要件レベルで一致している場合には故意が認められるところ、甲は「人」を殺そうとして「人」を殺したといえる。よって故意が認められる。

(3)以上より殺人罪が成立する。

3. また甲は拳銃を発射した行為により、Cの犬を死亡させているので、かかる行為は器物損壊罪(261条)の客観的構成要件をみたす。

(1)もっともCにはA殺害の故意しかないところ、器物損壊罪の故意が認められるか。この点、上記故意の本質に照らせば、甲が認識していた事実と実際に発生した事実とが異なる構成要件にまたがって食い違っている場合には故意が認められないのが原則といえる。

もっとも構成要件は違法侵害行為を類型化したものであるから、保護法益や行為態様などの点で実質的な重なり合いが認められる場合にはその重なり合いの限度で故意が認められると解する。

殺人罪と器物損壊罪とでは実質的な重なり合いは認められない。よって器物損壊罪の故意が認められない。

(2)以上より器物損壊罪は成立しない。

4.よって甲は①Bに対する殺人未遂罪、②Cに対する殺人罪の罪責を負い、①②は一個の行為によるものだから観念的競合となる。

【問2】

1.(1) ①まず第1暴行と第2暴行を別個の行為とみれば、第1暴行につき傷害致死罪(205条)の構成要件をみたすが正当防衛(36条1項)の成立により違法性が阻却され、第2暴行につき暴行罪(208条)が成立し過剰防衛(36条2項)成立しないと考えら

れる。②一方で第 1 暴行と第 2 暴行を一体としてみれば全体として傷害致死罪が成立し過剰防衛(36 条 2 項)により任意的減免を受けると考えられる。

そこで甲の行為をどのように捉えるべきかが問題となる。

この点、ア第 2 暴行の時点で防衛の意思が継続していたか、それとも専ら攻撃の意思であったか、イ第 2 暴行に及ぶまでに相手方が更なる侵害に出る可能性がないことを認識していたか否か、ウ第 2 行為の行為態様・程度で判断する。

これを本件でみるに、甲は A が意識を失って動かなくなったことを十分に認識しながら第 2 暴行に及んでいるので、相手方が更なる侵害に出る可能性がないことを確実に認識していたといえる(イ)。また憤激して第 2 暴行をなしたとすれば防衛の意思が少なくとも減少していたと考えられる(ア)。

よって第 1 暴行と第 2 暴行を別個のものとみなし前者①で検討すべきである。

(2) では第 1 暴行につき傷害致死罪が成立しないか。

ア. 傘で顔面を殴打する行為により頭部に傷害を負わせ

その後 A はかかる傷害により死亡している。また甲には A を暴行ないし傷害する故意が認められる。

よって傷害致死罪の構成要件をみたらす。

イ. もっとも正当防衛が成立しないか。

まず、甲は A に堅固なバットで急所である頭部を殴られそうになったので「急迫不正の侵害」があるといえる。

そして上記 A の行為に対してたまたま所持していた傘で顔面を殴打する行為は行為の相当性が認められるから、「やむを得ずにした」といえる。

もっとも甲は逃げる余裕があったにも関わらずその場にとどまっているところ、「防衛するため」といえるか、防衛の意思の要否・内容が問題となる。

違法性の実質は、結果無価値のみならず行為無価値にもあるから、正当防衛が違法性を阻却する根拠は行為の社会的相当性にあると解するべきである。

そして行為者の主観は社会的相当性に影響を及ぼす上、「ため」という文言からも防衛の意思が必要だと解するのが素直である。

ただし、正当防衛は反射的本能的に行われることも少なくないため、防衛の意思とは急迫不正の侵害を意識しつつこれを避けようとする単純な心理状態をいうべきである。

そうだとすれば憤慨して行為をなしたような場合であったとしてもそれが専ら攻撃の意思を有する場合でない限り、防衛の意思は認められると解する。本件でも甲はたしかに逃げようと思えば逃げられたが、たまたま所持していた傘で殴打したにすぎないことから、A の急迫不正の侵害を単純に避けようとしてなした行為といえる。よって「防衛するため」にしたといえる。

ウ. 以上より正当防衛が成立し違法性が阻却されるので、傷害致死罪は成立しない。

(3) 次に第2暴行について検討するに、これを甲はAに対する不法な有形力行使であると認識した上で行為に及んでいるといえる。よって暴行罪が成立する。

なお、第2暴行時にはAによる急迫不正の侵害が終了しているため、過剰防衛すら適用されない。

2. 甲がBの傘を壊した行為は、器物損壊罪の構成要件をみたす。

(1) もっとも甲はAによる急迫不正の侵害を受けているところ違法性が阻却されないか。この点正当防衛として処理する見解があるが、傘は何ら侵害をし得ない以上、緊急避難(37条1項)で処理すべきである。

(2) そこで緊急避難が成立しないか。

まず甲はAから頭部をバットで殴られそうになっているため、「現在の危難」がある。

また甲はかかる危難を意識しつつこれを避けようとする単純な心理状態で、たまたまBの傘をもちいて反撃したと考えられるから、「避けるため」にした行為といえる。

甲は自らの生命身体の安全を守るために、他人の傘という財産を害しているところ、生命身体の方が保護の必要性が高いといえるので法益権衡をみたす。よって「生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合」といえる。

では、「やむを得ずにした」といえるか、行為の補充性が求められるところ問題となる。

甲はAの急迫不正の侵害から逃げられたにも関わらず、あえてその場にとどまり反撃するに際してBの傘を用いた。よって補充性に欠け「やむを得ずにした」と言えない。

以上より緊急避難が成立せず違法性が阻却されない。

(3) よって器物損壊罪が成立する。

3. 以上より甲は ①暴行罪、②器物損壊罪の罪責を負う。

【問3】

1. 乙の罪責について

乙の行為は強盗罪(236条1項)の構成要件を充足する。

もっとも乙は弁識能力を欠き心神喪失であるといえるから、責任が阻却される。(39条1項)

よって乙は強盗罪の罪責を負わない。

2. 甲の罪責について

(1) 甲の行為は強盗罪の教唆犯(236条1項、61条1項)の客観的構成要件をみたす。

しかし、甲には窃盗罪の教唆犯(235条、61条1項)の故意しかない以上、強盗罪の教唆犯は成立しない(38条1項)。

そこで窃盗罪の教唆犯が成立しないか。

軽い故意に対応した客観的構成要件該当性の有無が問題となる。

客観的構成要件該当性の判断は実質的に行うべきである。そして、構成要件は法益侵害行為を類型化したものであるから、保護法益や行為態様の共通性などを基礎として、故意に対応した軽い客観的構成要件該当性の有無を判断する。

これを本件でみるに窃盗罪の教唆犯と強盗罪の教唆犯は窃盗罪の教唆犯の限度で構成要件に実質的な重なり合いが認められる。

よって窃盗罪の客観的構成要件をみたす。

(2) もっとも正犯たる乙が責任を阻却されているところ、これが甲の罪責に影響を及ぼさないか。

共犯が成立するためには正犯がいかなる要素まで具備している必要があるのかが問題となる。

共犯の処罰根拠は正犯の実行行為を介して間接的に法益を侵害する点にあるところ、共犯が成立するためには正犯が構成要件該当性、違法性を具備している必要がある。

他方、責任は行為者に対する非難可能性であるから、行為者ごとに個別的に判断されるべきである。よって共犯が成立するには正犯の構成要件該当性、違法性が必要であり且つそれで足りる。

本件で正犯たる乙は構成要件該当性、違法性を具備しているから、甲に教唆犯が成立し、乙の責任阻却の影響は受けない。

(3) 以上より甲は窃盗罪の教唆犯の罪責を負う。

コメントの追加 [Y6]: 故意の問題と捉えているのでしょうか。共犯の成立の問題と捉えているのでしょうか。