

2023 年 [問 1]

1. 甲は A に暴行を加えて傷害を負わせて、A が死亡したことから、この行為について傷害致死罪（刑法 205 条）が成立するかが問題となる。

論点は、甲の第 2 暴行後に、意識を失って倒れたままの A の腹部を多数回蹴り付けたという B による暴行が介在したにもかかわらず、甲の第 2 暴行と A の死亡との間の因果関係が認められるかである。

2.(1) 因果関係が認められるためには、実行行為と結果との間に条件関係があり、かつ実行行為の危険性が結果へと現実化したと言えることが必要である。

(2) 条件関係は、当該実行行為がなければ当該結果は発生しなかったといえる場合に認められる。本問では、甲の暴行行為がなければ、A は B による暴行を受けることなく B の暴行から生じた腹部の障害により死亡することはなかったといえるから、条件関係は認められる。

(3) 次に、危険の現実化について検討すると、甲の暴行行為は、頭部の障害により A を死亡させる危険性を有していた。しかし、A は腹部の障害により死亡している直接の原因であるから、B による暴行という介在事情は、A の死因を変更するものであり、A の死亡に対する寄与度は大きい。次に、実行行為から介在事情に至ることがあり得るか検討する。甲が第 2 暴行の場から立ち去った後、A に深い恨みを抱いていた B が偶然、A のそばを通りかかり、A の腹部を多数回蹴り付けている。仮に、B が通りかかることがあったとしても、さらにむせう A を死に至らしめるほどの力で腹部を蹴りつけるという犯罪行為に及ぶということは、通常想定されないあり得ないことであり、異常性があると評価できる。したがって、甲の暴行行為が有していた、A を頭部の障害により死亡させる危険性が、A の死亡という結果へと現実化したとはいえない。

(4) よって、甲の第 2 暴行と A の死亡との間の因果関係は認められない。

3. 以上のことから、甲に傷害致死罪は成立しない。

頭部の傷害について傷害罪の構成要件性が認められる。

4. (1) 甲は、ナイフによる A の攻撃を避けるため、第 2 暴行をした。この点につき、正当防衛が成立するかが問題となる。

(ア) この A の攻撃の前に、甲による第 1 暴行が存在する。本問では、自招侵害にあたるか否かが問題となる。A の攻撃は、甲の予期に反するものであって、侵害の予期がない場合だと言える。また、積極的加害意思もない場合であると言える。

(イ) このような場合、①侵害招致行為が違法なものであること②侵害招致行為と相手方の侵害行為との一連一体性③侵害招致行為と相手方の侵害行為との均衡という 3 つの要件を満たすと所謂自招防衛（危難）として正当防衛は成立しない。

(ウ) 本問において、以下検討する。

①について、甲の第 1 暴行は、暴行罪の構成要件に該当する違法なものであると言える（①充足）。

コメントの追加 [堀山1]: 傷害罪の構成要件該当性について論じましょう。

コメントの追加 [堀山2]: この規範が導かれる理由を書きましょう。

コメントの追加 [堀山3]: 事実一評価の順で書きましょう。

書式を変更: 蛍光ペン

②について、A がナイフで甲の首付近を切り付けようとしてきたのは、甲の第1暴行に激怒したからであり、甲の第1暴行とAの攻撃は一連一体性があると言える（②充足）。

③について、Aは、甲と年齢と体格に差がないにもかかわらず、甲の平手打ちに対して、ナイフで応戦している。のであるから、Aの攻撃は、甲の第1暴行を大きく超えると言える（③不充足）。

（エ）よって、③の要件を満たさないため、自招防衛（危難）として、正当防衛が成立しないとは言えない。本問は自招侵害だが、反撃行為に出ることが正当化される状況にあるため、正当防衛が成立する余地がある。

(2)次に、甲の第2暴行は正当防衛の要件を充足するかが成立するかが問題となる。正当防衛の成立要件は、①侵害の急迫性、②侵害の不正性、③侵害者に対する反撃行為であること、④防衛の意思を有すること、⑤防衛行為として相当性を有すること、の5つである。

(3)本問において以下検討する。

①②について、急迫不正の侵害と言えるかを検討する。急迫性とは、法益侵害の危険が現に存在し、または間近に押し迫っていることを言う。本問についてみると、今まさにAは果物ナイフで甲の首付近を切り付けようとしており、危険が現に存在しているといえ、急迫不正の侵害といえる（①②充足）。

③④について、防衛行為と言えるためには、防衛の意思が必要である。防衛の意思とは、急迫不正の侵害を認識し、これを避けようとする心理状態のことである。本問についてみると、甲は、ナイフによるAの攻撃を避けるために、身を交わすとともに、憤激、逆上しながら、Aの顔面を手拳で一回強く殴打した。憤激・逆上しても、それだけで防衛の意思は失われないので、甲に防衛の意思があったと言える（③④充足）。

⑤について、反撃行為は防衛手段として必要最小限度のものである必要がある。この相当性は、侵害行為と反撃行為（の危険性）を具体的・実質的に比較することによって判断する。本問についてみると、Aの侵害行為は、ナイフによるものであるのに対して、甲の反撃行為は素手によるものである。甲は30歳、男性、身長170センチメートル、体重60キログラムにあることに対して、Aは、25歳、男性、身長175センチメートル、体重70キログラムである。これらのことを考慮すると、甲の反撃行為は、反撃行為が防衛手段として必要最小限度のものであり、防衛行為の相当性を欠くものではないといえる（⑤充足）。

5. 以上のことから、甲には正当防衛が成立し違法性が阻却される。甲には傷害罪は成立しない。

以上

〔問2〕

第1. 乙の罪責

1. 乙がB宅の仏壇の引出しを開けようとした行為（以下、「本件行為」という。）について、窃盗未遂罪（刑法243条・235条）が成立するかが問題となる。

(1)ア 乙が窃盗罪の「実行に着手」をしたと言えるか。

コメントの追加 [堀山4]: 事実→評価の順で書きましょう。

コメントの追加 [堀山5]: 時、場所等からあてはめをしましょう。

コメントの追加 [堀山6]: なぜ、ナイフで応戦すると甲の第1暴行を大きく超えると言えるか記載しましょう。事実（ナイフで応戦したこと）と結論（大きく超えること）しか記載していない状況です。

コメントの追加 [堀山7]: 自招防衛に該当しないということでしょうか。

コメントの追加 [堀山8]: 評価を記載しましょう。

コメントの追加 [堀山9]: 評価を記載しましょう。

イ 実行の着手を認めるためには、実行行為または実行行為に密接する行為で、かつ、結果発生客観的危険性を有する行為をしたことを有する。

ウ 本問についてみると、本件行為は、仏壇の引き出しの中に入っていた現金を窃取するためには、仏壇の引き出しを開けることが必要不可欠だから行為に密接する行為であると言える。また、かつ、引出しを開けてしまえば、あとは引き出しから現金を取り出し、自分のかばんやポケットにいれるだけで、当該現金の占有を確保することができたのであるから現金を窃取することができたと言え、現金窃取の結果発生客観的危険性を有する行為であったといえる。

エ このことから、窃盗罪の「実行の着手」があったと言える。

(2)ア 次に、乙はA宅とB宅を勘違いしており、A宅の仏壇の引出しから100万円を盗もうとしていたところ、B宅の仏壇の引出しには、10万円しか入っていなかった。このことから、錯誤があるとして故意(38条1項本文)が阻却されないか。

イ 故意責任の本質は、規範の問題に直面しつつあえて犯罪事実を実現する点に求められる。そして、規範は構成要件ごとに与えられている。そうだとすれば、同一の構成要件に該当する事実を認識していれば、予想外の結果についても故意を認めてよい。客体の錯誤があっても、構成要件において符合しているかぎり、故意を阻却しないと解する(法定的符合説)。

ウ 本問についてみると、AとBはおよそ「人」という点で一致しており、また、100万円と10万円は金額が異なるが、およそ「他人の財物」である点で一致している。このことから、同一の構成要件に該当する事実を認識しているといえる。

エ したがって、故意は阻却されない。

(3)以上のことから、乙の本件行為には窃盗未遂罪(刑法243条・235条)が成立する。

2. (1)一方、乙は、結局何も取らずに逃走しているところ、これに中止犯(43条ただし書)の成立が考えられる。

(2)ア 乙の中止行為に任意性が認められるか。

イ 中止行為の任意性が認められるためには、行為者と同じ立場に置かれた一般人であれば中止しないのが通例である場合であることを要する。

ウ 本問についてみると、乙は、在宅中のBに発見されたことから、盗みを諦めている。このような場合、乙と同じ立場に置かれた一般人であっても通常盗みを諦めるといえる。

エ このことから、任意性は認められない。

(3)以上のことから、乙に中止犯は成立しない。

第2. 甲の罪責

1. (1)甲は、乙に対し、A宅に入って仏壇の引出しにある100万円を盗めばよいと教えた行為(以下、「本件教唆行為」という。)について、窃盗未遂罪の教唆犯が成立するか

コメントの追加 [堀山10]: 理由を記載しましょう。

コメントの追加 [堀山11]: この規範が導かれる理由を書きましょう。

が問題となる。

(2)教唆犯の成立要件は、①教唆者が人を教唆すること②それに基づいて正犯者が犯罪を実行すること、③故意を有することという3つの要件を満たす必要がある。

(3)本問において以下検討する。

①について、本件教唆行為は、甲が乙を教唆したと言える（①充足）。

②について、乙は、甲の言葉によって、A 宅の仏壇の引出しから 100 万円を盗むことを決意しており、実際に、B 宅にて仏壇の中に入っていた現金を窃取する行為に密接する行為を実行している（②充足）。

2. (1)上記の要件③について、甲は、B に対し、A 宅に入って仏壇の引出し 100 万円を盗むことを教唆したところ、乙は、B 宅に入って窃盗未遂を実行している。このことから、錯誤があるとして故意（38 条 1 項本文）が阻却されないか。

(2)上記第 1 の 1 (2)イで述べたとおり、同一の構成要件に該当する事実を認識していれば、予想外の結果についても故意を認めてよい。

(3)本問でも、乙と同様に故意が認められる。

3. 以上のことから、甲に、窃盗未遂罪の教唆犯が成立する。

以上