

刑法基礎 1 令和4年度期末試験

問1

1. 甲は、自動車をAに衝突させ傷害を負わせた後に、直ちに病院へ向かわず未必の殺意をもって自動車の走行を続けており、結果Aは死亡した。このことから、甲に不作為による殺人罪（199条）が成立するのではないか。以下検討する。

2. 不作為犯においては、作為義務違反と作為可能性があれば実行行為性が認められる。作為義務が発生する要件は①先行行為があること、②保護の引き受け、③排他的支配、である。本問において、甲は自動車をAに衝突させて傷害を負わせていることから先行行為が認められ（要件①充足）、その後Aを救助するために自動車に乗せて病院に向かっており、保護の引き受けがあったといえる。（要件②充足）甲は1人で自動車をAに乗せているため甲以外にその状況を把握する者もいないため、排他的支配にあったと考えられる（要件③充足）したがって、甲には作為義務が発生しているが、甲は途中で翻意しAを適当な場所に放置して逃げようとしていることから作為義務違反が認められ、また、甲はAを実際に自動車に乗せて自動車を走らせているので、上記の作為義務を行うことは可能でかつ容易であったと考えられる。よって、甲には殺人罪の実行行為性があると言える。

3. 次に、甲には殺人の故意があったと言えるか。Aの死亡という結果は生じており、「故意」とは犯罪事実の認識、認容であるところ未必の殺意をもっていたのであるから、犯罪事実の認容があったとして「故意」も認められる。

4. 甲の不作為とAの死亡の間の因果関係について検討する。不作為の因果関係を肯定するには、期待された作為がなされた場合に、結果が「確実」に回避されたといえなければならない。本問をみると、甲が未必の殺意をもった時点で直ちに病院に向かっていれば、Aが救命される見込みはあったが、Aの救命が「確実」であったとはいえなかった。したがって、甲の不作為とAの死亡の間の因果関係は認められない。よって、殺人罪は成立しない。

5. もっとも、殺人罪の実行行為性は認められ、またAの救助の見込みもあったことから、甲に殺人未遂罪（199条、203条、43条本文）が成立する。

以上

コメントの追加 [知中1]: 甲の行為の整理がうまくできています。

コメントの追加 [知中2]: ここに至る繋ぎがあると尚良いですが、実際に手書きで書く際はこれぐらいの分量がちょうどいいかもしれません。

コメントの追加 [知中3]: この部分については、規範の中に落とし込めると良いですが、作為義務を行うことがもし容易でなかった場合でも「違反」になるのでしょうか？

コメントの追加 [知中4]: Aの救助の見込みの有無は、殺人未遂罪を成立させるにあたって何にかかわる事情でしょうか。

問2

第1 甲の罪責について

1. 甲はAの動きを止めるために釣り糸を張って転倒させた（以下、第1暴行）うえで、包丁で刺し殺す（以下、第2暴行）計画を立て、この計画を実行したところAが転倒し顔面を負傷したが、包丁で刺すことを中止し、Aを死亡させるに至らなかったことから、甲に殺人未遂（刑法199条、203条、46条本文）「以下、法令名省略」が成立するかを検討する。

2. 甲は、第1暴行を行ったうえで、第2暴行によってAを殺す計画を立てているが、実際には第1暴行しか行っておらず、生命に危険のある傷害にも至らなかった。このような場合であっても、甲に殺人未遂罪を問えるのか。問えるとすれば、第1暴行から43条本文に規定する実行の着手があり、第1暴行と第2暴行を一体として捉えられるかどうか問題となる。

3. 実行の着手の有無は、構成要件該当性への密着性及び構成要件の実現に至る現実的危険性の2つの基準をもって判断すべきである。そして、密着性、危険性の判断は行為者の計画も考慮に入れたうえで①準備的行為と構成要件該当性との不可分性（必要不可欠性）、②時間的場所的密着性、③準備的行為終了後障害となるような特段の事情の有無等の諸事情を総合的に考慮して決すべきである。本問において、身のこなしが速いAの動きを止め、刺し殺すための確実性を高めるために第1暴行は必要不可欠だったと言える。（要件①充足）また、甲はAを転倒させて動きを止め包丁で刺し殺す計画を立てていることから、時間的にも場所的にも密着性が認められる。（要件②充足）そして、第1暴行終了後に、第2暴行に至るまでにおいて、障害となるような特段の事情も本問では認められない。（要件③充足）したがって、第1暴行と第2暴行は密着性を有し、第1暴行を開始した時点で殺人の客観的な危険性が認められるから、その時点で、第1暴行から第2暴行にいたる一連の殺人の「実行」の「着手」があったといえる。

4. 次に、甲の殺人の故意についてはどうか。故意とは犯罪事実の認識、認容であるところ、上記3のとおり第1暴行と第2暴行は一体と捉えられるため、故意についても第1暴行を開始した時点から実行の着手があったといえることと同様の理由で、第1暴行の時点から故意が認められる。

5. したがって、甲に殺人未遂罪が成立する。

6. 一方、甲はAの顔面から血が流れているのを見て、急に同人を哀れに感じて反省し、殺すのをやめて立ち去っているところ、これに中止犯（43条但書）の成立が考えられる。

（1）まず、「自己の意思により」（任意性）中止したといえるか。任意性とは一般人がその状況で中止しないのが通常であるにもかかわらず中止したことによって認められる。本問では、第1暴行は第2暴行の前提となっており、計画のとおりAは転倒している。この時点でAが顔面を負傷していたとしても、第2暴行にいたるために何の障害もなく一般人で

コメントの追加 [知中5]: 「行為」の方がここではしっくりくるかもしれません。

コメントの追加 [知中6]: 事実の整理がうまくできています。

コメントの追加 [知中7]: 「問えるとすれば」～ではなく、～の場合に問える、ということではないでしょうか。

コメントの追加 [知中8]: OK です。

コメントの追加 [知中9]: 当てはめ、評価、結論と流れOK です。

あればその状況で中止しないのが通常であるといえる。にもかかわらず甲は A の殺害を中止したのであるから任意性は認められる。

(2) 次に、「中止した」(中止行為)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、結果発生蓋然性を中心に中止行為を考えるべきである。すなわち、結果発生に向けて因果の流れがいまだに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。本問においては、第 1 暴行にとり A の負った障害は生命に危険を及ぼすものではないことから、甲がただ殺すのを中止して立ち去った不作為のみで足りる。したがってこの要件は充たされる。

7. 以上により、甲には殺人未遂罪(199条、203条、46条本文)が成立するが、43条但書により刑の必要的減免を受ける。

第2 乙の罪責について

1. 乙に傷害罪の幫助犯(204条、62条1項)が成立する可能性がある。以下、検討する。

2. 幫助犯の成立要件は①幫助行為②幫助者の実行行為である。幫助行為とは実行行為以外の方法で、正犯の実行行為を容易にすることをいう。本問においては、甲は動きの速い A の動きを止めるために釣り糸をもらっており、第1暴行を容易に行うことができたと言える。

(要件①充足)

3. 次に、乙は甲に釣り糸を渡せば歩行者が負傷するかもしれないと認識しながらそれでも構わないと考え甲に釣り糸を渡していることから、傷害罪の故意があったといえるが、甲に殺人未遂罪が成立している。このような場合にも甲には傷害罪の実行行為があたったと認められるか問題となる。

4. この点、構成要件評価として重なり合いが認められれば38条2項により、その重なり合いを限度の犯罪の客観面は認められる。本問においては、第1暴行によって A に傷害を負わせたうえで殺人未遂罪として甲は処罰されていることから、殺人未遂罪と傷害罪は傷害罪の限度で重なり合っているといえる。したがって、乙の傷害罪の幫助により甲は傷害罪の実行行為をなしたといえるため、要件②を充たす。

5. 以上により、乙には傷害罪の幫助犯(204条、62条1項)が成立する。

以上

コメントの追加 [知中10]: いずれも丁寧に検討できています。

これでも問題はないかと思いますが、個別の検討に入る前に、任意性と注視行為が必要であることを書いた上で論述をすると、よりわかりやすくなります。

コメントの追加 [知中11]: 問題提起 OK です。

コメントの追加 [知中12]: 38条2項は、重い方で罰せられないと書いてあるだけなので、条数をあげるだけでは、なぜ重なりあった範囲で認めて良いのかがはっきりしません。

コメントの追加 [知中13]: 丁寧に検討できています。