

司法試験 予備試験

新・論文の森

刑法(下)

上・下巻全100問で刑法のあらゆる出題パターンに対応できる能力を養成

上・下巻全150通の参考答案で、合格答案のイメージを具体化

合格答案作成のすじ道(「思考のプロセス」・「学習のポイント」等)の明示により答案の自己分析が可能



LEC 東京リーガルマインド 著

はしがき

平成23年7月17日（日）及び18日（月）の両日にわたり、第1回予備試験の論文式試験が実施されました。

予備試験は、法科大学院課程の修了者と同等の学識・応用能力等を有することを判定することを目的としています。論文式試験の出題は、多くの法科大学院で講義がされているであろう条文解釈上の基本的論点及び重要判例の理解を問うものであったといえましょう。

そこで、本書は、予備試験の論文式試験へ万全の対策をしていただくため、今後の予備試験論文式試験での出題が予想される、条文解釈上の基本的論点を多く含む論文式問題を厳選し、掲載いたしました。そして、それぞれの問題について、論点を指摘するとともに、参考答案をご提示し、より具体的に合格レベルの答案をイメージすることができるよう編集いたしました。

本書をご活用いただくことにより、論点に対する着実な理解と合格答案作成のノウハウを身に付けていただけるものと確信いたしております。

2011年10月吉日

株式会社 東京リーガルマインド
L E C 総合研究所 司法試験部

42

社会的法益に対する罪②(文書偽造罪Ⅰ)

マスター問題

Xは、何としても公立A高校に合格したいと考え、友人の甲に替え玉受験を依頼し、合格したら謝礼金100万円を支払うことを約束した。甲は、合格できる程度の能力を有していたが、試験中極度に緊張したためほとんどの問題が解けず、マークシートに適切なマークをしてしまった。試験後、甲は、このままでは謝礼金をもらえなくなると思い、何とかXに合格したと信じさせなければならぬと考えた。そこで、甲は、知人であり、A高校における受験者への合否通知書の発行を担当する教諭乙に、Xに対する合否通知書に合格の記載をするよう唆した。しかし、甲は、Xに合格発表の掲示を見られれば不信を抱かれると想い、合格発表がある前にXから100万円を手に入れようと考えた。そこで、甲が、Xに「試験は簡単だった、合格は間違いないだろう」と嘘をついたところ、合格しているものと信じたXは、甲に100万円を交付した。その後、乙は、合格していないXの合否通知書に合格した旨の記載をし、事情を知らないA高校の校長Bは、これに署名・押印した。

なお、A高校では、職員会議で合格者が決定され、合格者リストを基に担当教諭が機械的に合否通知書を作成し、校長が署名・押印することになっていた。

甲及び乙の罪責を論ぜよ。

▶▶▶ 出題の意図 ◀◀◀

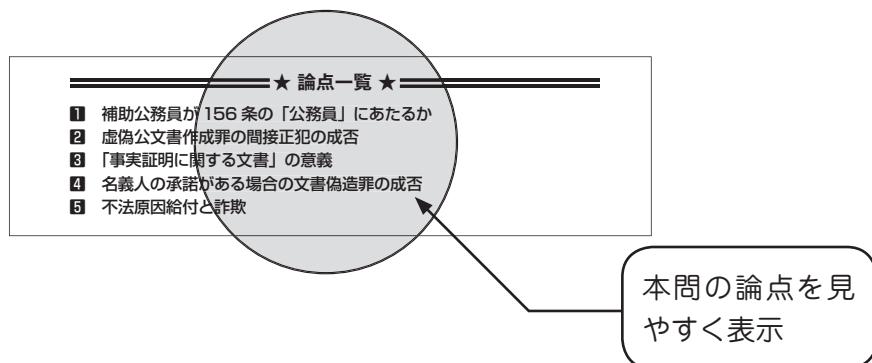
本問は、高校受験について、友人から替え玉受験を依頼された者が、試験結果が思わしくなかったことから、謝礼欲しさに当該高校の合否通知書発行を担当する教諭に対し、合否通知書に合格の記載をするよう唆すとともに、合格発表前に合格間違いなしと嘘をつき、友人から謝礼の交付を受けたという事例を素材として、事案を的確に把握し、分析する能力を問うとともに、有印私文書偽造罪、虚偽公文書作成罪等の成立要件に関する理解と事例へのあてはめを問うものです。

▶▶▶ 出題の意図 ◀◀◀

本問は、高校受験について、友人から替え玉受験を依頼された者が、試験結果が思わしくなかったことから、謝礼欲しさに当該高校の合否通知書発行を担当する教諭に対し、合否通知書に合格の記載をするよう唆すとともに、合格発表前に合格間違いなしと嘘をつき、友人から謝礼の交付を受けたという事例を素材として、事案を的確に把握し、分析する能力を問うとともに、有印私文書偽造罪、虚偽公文書作成罪等の成立要件に関する理解と事例へのあてはめを問うものです。

出題の意図を、
論点及び答案作成の両面から指
摘

本書の効果的活用法



思考のプロセス

一 はじめに

本問を時系列に沿ってみると、正犯と共犯が入り組んでいることがわかります。が、本問で罪責を問われているのは甲と乙のみです。そこで、甲が乙に虚偽公文書作成罪を教唆していることから、先に乙の罪責を検討するといいでしょう。

二 甲乙の罪責

1 乙の罪責

乙は、甲は虚偽の合格記載をした合否通知書を作成するよう唆され、これを実行に移していることから、虚偽公文書作成罪（156）の成否が問題となります。

(1) まず、虚偽公文書作成罪が「公務員」を主体とする真正身分犯であることから、乙がここでいう「公務員」にあたるかが問題となります。

ここで、「公務員」にあたるためにには、職務上、当該文書を作成する権限を有していることが必要ですが、判例は、文書作成権限を補助公務員である起案担当者にも認めており、作成権限の範囲を広く捉えています。そのため、A高校で合否通知書の作成事務に従事する教諭乙も、「公務員」にあたるとして、虚偽公文書作成罪の直接正犯が成立するととも思えます。

しかし、A高校では職員会議によって合格者が決定され、それを基に乙が合否通知書を作成するという問題文の事情から、乙は機械的補助者にすぎないことがわかります。そのため、補助公務員の作成権限を比較的拡大して考える判例の規範にあっても、乙には文書作成権限が認められないことになるでしょう。

この点については、気付かなかつた方もいらっしゃるかと思いますが、問題文に詳しい事情があることから、このような認定をしていただきたいところです。

(2) 乙が「公務員」にあたらず、虚偽公文書作成罪の直接正犯としての罪責を負わないとすると、次に、同罪の間接正犯が成立しないかが問題となります。

この問題を考えるにあたっては、①真正身分犯の間接正犯が認められるのかという、刑法総論として的一般的な問題と、②157条が一定の公文書について156条の間接正犯形態を独立に、かつ軽い法定刑で処罰していることから、それ以外の公文書については156条の間接正犯形態は否定されるのでは

答案作成に必要な
思考過程を紹介
論点間の軽重・関
連性もチェック可
能

見解の異なる2通の参考答案を掲載し、学説の違いを明確化

参考答案2

乙の罪責については虚偽公文書作成罪の間接正犯に同便使、虚偽公文書作成罪の教唆犯、及び詐欺罪

第1 乙の罪責について

- 1 乙は、虚偽の合否通知書を作成し、させていることから、虚偽公文書作成が問題となる。
- 2 まず、乙はすでにある合格者のリストを作成する機械的補助者にすぎないためを有する「公務員」にはあたらない。したがって、直接正犯は成立しない。
- 3 では、間接正犯が成立しない。
 - (1) この点、非身分者である乙が真正公文書作成罪の間接正犯たりえるのか定めると解する。
なぜなら、非身分者がも身分者を通益を侵害することが可能といえるか。
 - (2) また、156条より法定刑の軽い問題となるも、虚偽の申立てといううには、156条の間接正犯が成立す。なぜなら、157条が軽い法定刑を虚偽の申立てという手段が極めて日わせる誘惑的因素を持つことから、されるところ、上記場合にはこの根である。

本問では、乙は自ら虚偽の記載を申立てという手段によらない場合としたがって、乙に、虚偽公文書作成立する。

- 4 よって、乙は、虚偽公文書作成（負う）。

第2 甲の罪責について

- 1 甲は乙の代わりに入試答案の作成し文書偽造罪（159条1項）の成否が問う。まず、入試答案は、合否の決定の学力を証明するものなので、社会生頃を証明する文書となる「事実明に関する文書」にあたる。
- 2 また、甲は、文書の名義人たるXの同意を得ているもの、このことは私文書偽造罪の成否に影響せず、X名義による入試答案作成は名義人と作成者の人格の同一性を偽るものとして、「偽造」にあたる。
- なぜなら、入試答案は志願者自身による作成が予定された自署性の要求される文書であるため、作成名義人の同意であっても、文書に対する公共の信用が害されることに変わりはないからである。
- (3) したがって、甲には、私文書偽造罪が成立する。

参考答案1

乙の罪責については虚偽公文書作成罪の間接正犯の成立を否定し、甲の罪責については私文書偽造罪、同便使罪、及び詐欺罪の成立を肯定した。全体的に、充実した論證を心掛けた

第1 乙の罪責について

- 1 乙が、Xの合否通知書に虚偽の合格記載をなし、校長Bに署名・押印させた行為について、虚偽公文書作成罪（156条）が成立するか。
 - (1) まず、乙が、文書の作成権限を有する「公務員」であるかが問題になるが、否定すべきである。
なぜなら、乙は、職員会議により決定された合作者リストを基に、合否通知書の作成を担当する機械的補助者にすぎないからである。
したがって、乙に、虚偽公文書作成罪の直接正犯は成立しない。
 - (2) もっとも、乙は、作成権限を有するBを利用して、虚偽の合否通知書を作成している。そこで、同罪の間接正犯が成立するか。
ア、まず、虚偽公文書作成罪が作成権限のある公務員本体とする真正身分犯であることから、非身分者にも間接正犯は成立するのか。真正身分犯の間接正犯の背景が問題となる。
思うに、非身分者も身分者を利用することにより法益を侵害することができるため、非身分者も真正身分犯の実行行為は可能といえる。
したがって、真正身分犯の間接正犯は、一般的には

➡補助公務員が156条の「公務員」にあたるか

➡虚偽公文書作成罪の間接正犯の成否

肯定されると解する。

イ もっとも、虚偽公文書作成罪の間接正犯形態については、別途157条に規定が存在する。そこで、157条では罰されない場合、虚偽公文書作成罪の間接正犯は成立し得るのかが問題となる。

思うに、157条が156条の間接正犯形態を156条よりも軽い刑で処罰しているのは、157条の客体よりも重要な低い文書への虚偽記入の間接正犯は罰されない趣旨であると解される。

したがって、虚偽公文書作成罪の間接正犯は成しないと解すべきである。

ウ よって、非身分者も含めて乙の行為には、虚偽公文書作成罪の間接正犯は成しない。

2 以上より、乙は、何らの罪責も負わない。

第2 甲の罪責について

- 1 甲が、Xの替え玉として、A高校入試において答案を作成した行為について、私文書偽造罪（159条1項）が成立するか。
 - (1) まず、入試答案は、採点された結果が志願者の学力を示す合否判定の資料となり、合格の判定を受けた志願者が入学を許可されるのであるから、実社会生活に交渉を有する事項を証明するものとして、「事実明に関する文書」にあたる。

➡「事実明に関する文書」の意義

LEC 東京リーガルマインド 司法試験 予備試験 新・論文の森 刑法(下)

➡名義人の承諾がある場合の文書偽造罪の成否

サイドコメントで
論点名を明記

▶ 合格ライン

1 乙の罪責

- ・ 乙が「公務員」(156)にあたらないことを認定していること
 - ・ 虚偽公文書作成罪の間接正犯の成否を論じていること
- ### 2 甲の罪責
- ・ 名義人の承諾がある場合における私文書偽造罪の成否について論じていること
 - ・ 甲に私文書偽造罪を成立させた場合、行使罪についても認定していること
 - ・ 乙に虚偽公文書作成罪の間接正犯が成立とした場合に、甲に同罪の教唆が成立することを、65 条を指摘しつつ認定していること
 - ・ 不法原因給付と訴訟について論じていること

合格レベルが
すぐわかる

★論点解説★

① 補助公務員が「156 条の「公務員」にあたるか

ー 問題の所在

乙は、校長Bに虚偽の合格記載がなされた合否通知書への署名・押印をさせていることから、虚偽公文書作成罪（156）の成否が問題となる。

156 条は、文書作成権限を有する公務員が、その職務に関し、行使の目的で虚偽の文書・図画を作成・変造することを処罰する規定である。そこで、合格者リストを基に機械的に合否通知書を作成するにすぎない補助公務員である乙が、同条の「公務員」にあたるといえるか、補助公務員の文書作成権限が問題となる。

問題の所在で、なぜ本論点が問題となるのかを明示

二 学説

1 形式上作成権限を有しない補助公務員は「156 条の「公務員」にあたらないとする見解（川端ほか）

（理由）

- ・ 補助者が上司の命を受けて文書を起案する場合、補助者はあくまでも補助者にすぎず、これを作成した者が第三者に対して自己名義の文書の作成を委任する場合と同視することはできない。
- ・ 文書の作成名義と偽造概念は形式主義の見地から把握されるべきである。「作成権限」を実質化することによって補助公務員に「作成権限」を認めめたうえでその間接無形偽造を処罰するのは、形式主義の自殺行為に等しいと評されてもやむを得ないといえる。

論点ごとに、学説・判例を解説
各論点の深い理解につながる

■参考文献

前田・各論・458 頁以下、山口・各論・447 頁以下、西田・各論・355 頁以下

基本書へのスピードアクセスが可能

新・論文の森 刑法〔下〕

目 次

はしがき

本書の効果的活用法

26 生命・身体に対する罪	2
27 自由・名誉に対する罪①	20
28 自由・名誉に対する罪②	40
29 貢産に対する罪①（窃盗罪等Ⅰ）	60
30 貢産に対する罪②（窃盗罪等Ⅱ）	82
31 貢産に対する罪③（窃盗罪等Ⅲ）	104
32 貢産に対する罪④（窃盗罪等Ⅳ）	124
33 貢産に対する罪⑤（詐欺罪等Ⅰ）	146
34 貢産に対する罪⑥（詐欺罪等Ⅱ）	168
35 貢産に対する罪⑦（横領罪等Ⅰ）	186
36 貢産に対する罪⑧（横領罪等Ⅱ）	206
37 貢産に対する罪⑨（横領罪等Ⅲ）	230
38 貢産に対する罪⑩（横領罪等Ⅳ）	250
39 貢産に対する罪⑪（盗品等罪Ⅰ）	270
40 貢産に対する罪⑫（盗品等罪Ⅱ）	288
41 社会的法益に対する罪①（放火罪）	304
42 社会的法益に対する罪②（文書偽造罪Ⅰ）	326
43 社会的法益に対する罪③（文書偽造罪Ⅱ）	350
44 社会的法益に対する罪④（文書偽造罪Ⅲ）	364
45 社会的法益に対する罪⑤（文書偽造罪Ⅳ）	386
46 国家的法益に対する罪①（公務執行妨害罪）	408
47 国家的法益に対する罪②（犯人蔵匿罪等）	430
48 国家的法益に対する罪③（賄賂罪Ⅰ）	452
49 国家的法益に対する罪④（賄賂罪Ⅱ）	468
50 国家的法益に対する罪⑤（賄賂罪Ⅲ）	484

参考文献

前田雅英「刑法総論講義」[第5版] 東京大学出版会.....	前田・総論
前田雅英「刑法各論講義」[第4版] 東京大学出版会.....	前田・各論
山口厚「刑法総論」[第2版] 有斐閣.....	山口・総論
山口厚「刑法各論」[第2版] 有斐閣.....	山口・各論
西田典之「刑法総論」[第2版] 弘文堂 法律学講座双書.....	西田・総論
西田典之「刑法各論」[第5版] 弘文堂 法律学講座双書.....	西田・各論
大谷實「刑法講義総論」[新版第3版] 成文堂.....	大谷・総論
大谷實「刑法講義各論」[新版第3版] 成文堂.....	大谷・各論
裁判所職員総合研修所監修「刑法総論講義案」[3訂補訂版] 司法協会	講義案
西田典之・山口厚・佐伯仁志編「刑法判例百選Ⅰ・Ⅱ」[第6版]	百選Ⅰ・Ⅱ
有斐閣別冊ジュリスト.....	
「平成〇〇年度 重要判例解説」 有斐閣ジュリスト臨時増刊.....	H〇〇重判

[刑法〔上〕目次]

- | | |
|-------------------|------------|
| 1 不作為犯① | 14 未遂犯・中止犯 |
| 2 不作為犯② | 15 過失犯・予備犯 |
| 3 因果関係 | 16 共同正犯① |
| 4 構成要件総合① | 17 共同正犯② |
| 5 構成要件総合② | 18 共同正犯③ |
| 6 正当防衛① | 19 共同正犯④ |
| 7 正当防衛② | 20 共同正犯⑤ |
| 8 正当防衛③ | 21 共同正犯⑥ |
| 9 正当防衛④ | 22 共同正犯⑦ |
| 10 違法性その他（被害者の承諾） | 23 共同正犯⑧ |
| 11 誤想防衛・誤想過剰防衛 | 24 共同正犯⑨ |
| 12 原因において自由な行為 | 25 共犯総合 |
| 13 実行の着手 | |

司法試験 予備試験

新・論文の森

刑法〔下〕

マスター問題

1 甲は、既に自殺を決意しているAに、「何か良い自殺の方法はないか」と相談されたため、致死量の青酸カリを与えたが、苦しみながら死ぬのは嫌だと思ったAは、自殺することを思いとどまつた。

甲の罪責について論ぜよ。

2 乙は、妻丙に離婚を持ちかけたところ、丙は「別れるくらいなら一緒に死にたい」と申し出た。乙は死ぬつもりは全くなかったが、丙がいなくなるなら好都合と考え「僕も君の後に死ぬよ」と言った。これを聞き乙が追死してくれるものと誤信し、自殺の決意をした丙は、あとに残される16歳の娘Bを不憫に感じ、Bの就寝中に電気コードで首を絞めて殺害したうえ、自らは服毒自殺した。なお、実はBは眠ってはいなかったが、かねてから死にたいと思っていたからちょうどよいと考えて、何ら抵抗しなかった。

乙及び丙の罪責について論ぜよ。

▶▶▶ 出題の意図 ◀◀◀

本問は、自殺の意思を有する者に相談され、毒薬を交付したもの自殺を思いとどまつたという事例と、夫が追死の意思なく心中に同意した結果、妻が自殺の意思を生ずるとともに娘を絞殺したところ、娘はかねてから死にたいと思っていたという事例を素材として、事案を的確に把握し、分析する能力を問うとともに、自殺関与罪・同意殺人罪の成立要件に関する理解と事例へのあてはめを問うものです。

★★論点一覧★★

- ① 自殺関与罪の法的性質と着手時期
- ② 偽装心中
- ③ 普通殺人の故意で同意殺人の結果が発生した場合

思考のプロセス

小問1では、甲が青酸カリを与えたAが自殺を思いとどまっているので、自殺関与罪の未遂が成立するのかが問題となります。これについては、自殺に対する法的な評価や自殺関与罪の処罰根拠が結論に影響しますので、これらの点に遡って論じることができるとよいでしょう。結論は、どちらを採っても構わないでしょう。

小問2の乙の罪責については、被害者丙が、乙が追死すると誤信していた場合において、自殺関与罪と殺人罪のいずれが成立するのかが問題となります。

丙の罪責については、被害者Bが死ぬことに対して默示的に同意していた場合に殺人罪と同意殺人罪のいずれが成立するのかが問題となります。同意殺人の実行行為性が認められるとする場合には、抽象的事実の錯誤がありますので、この点について言及することが必要となります。

参考答案 1

小問1は、自殺関与罪を独立の犯罪類型としつつも、未遂犯の成立には自殺行為の着手が必要とし、小問2は、法益関係的錯誤説をとり、乙には自殺関与罪が成立する結論を採った。全体的に丁寧な論述を心掛けた

第1 小問1について

- 甲は、既に自殺を決意しているAに青酸カリを与えたものの、Aは自殺を思いとどまっている。この甲の行為について、自殺関与罪の未遂（203条、202条前段）が成立しないか。自殺関与罪の未遂の成立時期、すなわち自殺関与罪の実行の着手時期が、同罪の处罚根拠に関連して問題となる。
- 自殺関与罪の处罚根拠については、自殺 자체の法的な評価が大きく関連するが、これについて、自殺は違法だが可罰的違法性が欠けるとする見解や期待可能性に欠けるとする見解がある。しかし、個人の自己決定は最大限に評価されるべきであることからすると、自殺は違法でないというべきである。

そうだとすると、自殺に関与する行為も不可罰とするのが一貫する。しかし、生命という重大な法益の自己処分については刑法がパトーナリズムの見地から介入して他人の関与を排除することにも合理性があるといえるから、202条前段は自殺への関与を处罚するのである。

このような自殺関与罪の特殊の性格からすると、同罪は共犯ではなく独立の犯罪類型であるから、関与の相手方が自殺に着手しなかった場合であっても、自殺の教唆・帮助の時点で実行の着手が認められ、未遂が成立するとも思える。しかし、202条の保護法益があくまで人間の生命にある以上、生命に対する具体的な危険の発生を未遂成立の

◀自殺関与罪の法的性質と着手時期

要件とするべきであり、自殺行為への着手により危険が発生した時点で実行の着手を認めるべきである。

- 本問では、Aは自殺行為に着手しておらず、生命に対する具体的な危険が発生していない。よって、自殺関与罪の実行の着手が認められず、甲は不可罰となる。

第2 小問2について

1 乙の罪責について

- 本問では、乙は死ぬつもりもないのに、丙の申出を了承したために、乙が追死すると誤信した丙が自殺している。このように欺罔によって自殺させた場合、自殺関与罪と殺人罪（199条）のいずれが成立するのか。
- 202条が199条と比較して刑を減輕する理由は、被害者自身の同意による法益性の減少、すなわち違法性の減少に求められる。そして、同意とは、自己の法益を処分する意思である以上、法益に關係する錯誤がある場合には同意は無効となるが、その他の事情に関する錯誤は、取るに足らないものであって、同意の有効性に影響を及ぼさないと解すべきである。

そこで、自殺者が、自己の生命という法益を処分することについて錯誤に陥っていなければ、自殺に対する同意は有効であり、自殺関与罪が成立するにとどまる。他方、法益の有無・程度・性状等に關して錯誤がある場合

◀偽装心中

には、法益に関する認識が欠けることになるから、同意は無効となり、殺人罪の間接正犯が成立する。

- (3) 本問では、丙は乙の追死の有無という、法益とは無関係な事情について錯誤があるにすぎず、自己が死ぬこと自体には同意しているのであるから、法益を処分することについての錯誤はない。よって、乙には自殺関与罪が成立する。

2 丙の罪責について

- (1) 丙はBを殺害しているが、Bは死にたいと思っていたからちょうどよいと考えていた。すなわち、默示的に死について同意していたといえる。この場合に、丙はいかなる罪責を負うか。丙の殺害行為が殺人罪の実行行為と同意殺人罪（202条後段）の実行行為のいずれなのかが、まずは問題となる。

これについて、202条は「承諾を得て」と規定していることからすると、行為者が承諾の存在を認識している必要があるとして、認識のない場合には殺人罪の実行行為があるとする見解がある。しかし、被害者が内心で死について同意しているのであれば、被害者の意思に反して生命を奪う危険性が存在しない以上、客観的に殺人罪の実行行為性が認められないというべきである。

すなわち、この場合には同意殺人罪の実行行為が存在

◀普通殺人の故意で同意殺人の結果が発生した場合

するにとどまると考える本問では、Bが内心で同意していることから、殺人罪の実行行為性ではなく、同意殺人罪の実行行為が認められる。

- (2) しかし、丙はBの同意を認識しておらず、殺人罪の認識で行為をしている。この場合に、丙に同意殺人罪の故意が認められるか、いわゆる抽象的事実の錯誤が問題となる。

この点について、そもそも故意責任の本質は反規範的 人格態度に対する責任非難であって、規範は構成要件の形で国民に与えられているから、錯誤が異なる構成要件にまたがる場合には、原則として故意責任は問えないはずである。しかし、認識した事実と発生した事実に行為態様及び保護法益の共通性などを基礎に、社会通念上構成要件的な重なり合いが認められる場合には、その限度で規範に直面し、その範囲で反規範的 人格態度に対する責任避難をすることができるから、軽い罪の故意責任を問えるものと考える。

ここで同意殺人罪と殺人罪について検討すると、両罪の行為態様は同じであり、保護法益も人の生命という点で同じであるから、軽い同意殺人罪の限度で構成要件的な重なり合いが認められる。したがって、丙に同意殺人罪の故意を認めることができる。

- (3) 以上より、丙には同意殺人罪が成立する。以上

参考答案2

小問1は、自殺関与罪を独立の犯罪類型と考え、自殺帮助未遂罪の成立を肯定し、小問2は、丙に殺人未遂罪のみが成立する説をとった。実戦的な答案を目指して、なるべくコンパクトに論証をするよう心掛けた

第1 小問1について

甲は、既に自殺を決意しているAに青酸カリを与えたが、Aは自殺を思いとどまった。この甲の行為について、自殺帮助罪の未遂（203条、202条前段）が成立しないか。

202条前段は、生命という重大な法益の自己処分については刑法がパトーナリズムの見地から介入して他人の関与を排除することにも合理性があるといえるから、自殺への関与を处罚する。このように、同罪は共犯についてのものではなく独立の犯罪類型であるから、関与の相手方が自殺に着手しなかった場合であっても、自殺の教唆・帮助の時点で未遂が成立すると考える。

したがって本問では、甲は自殺帮助罪の未遂の罪責を負う。

第2 小問2について

1 乙の罪責について

- (1) 本問では、乙は死ぬつもりもないのに、丙の申出を了承したために、乙が追死すると誤信した丙が自殺している。このように欺罔によって自殺させた場合、自殺教唆罪と殺人罪（199条）のいずれが成立するのか。
- (2) 202条が199条と比較して刑を減輕するのは、被害者自身の同意により違法性が減少するからである。そして、違法性の減少を認めるには、前提として自殺者の自由な意思決定が必要である。

◀自殺関与罪の法的性質と着手時期

◀偽装心中

本問では、丙が仮に乙の本心を知っていれば自殺しなかったと考えられるから、丙の決意には真意に沿わない重大な瑕疵があり、自由な意思決定は認められない。したがって、自殺教唆罪は成立しない。

そして、乙は欺罔行為により丙を錯誤に陥らせて自由な意思決定を奪い、最終的に丙の行為を支配して自殺させたといえるから、殺人罪の間接正犯の成立が認められる。

よって本問では、乙は殺人罪の罪責を負う。

2 丙の罪責について

- (1) 丙はBを殺害したが、Bは死にたいと思っていたからちょうどよいと考えていたという事情があり、默示的に死について同意していたといえる。この場合に、殺人罪の実行行為と同意殺人罪（202条後段）の実行行為のいずれが認められるのかが、まず問題となる。

202条後段は、同意を「得て」と規定していることから、行為者が同意があることを知っていた場合に限るとするのが条文に忠実な解釈である。

そこで、行為者が同意があることを知っていた場合には同意殺人罪の実行行為となるが、同意があることを知らなかつた場合には殺人罪の実行行為となると解すべきである。

◀普通殺人の故意で同意殺人の結果が発生した場合

- 本問では、丙がBの同意があることを知らない以上、殺人罪の実行行為が認められる。
- (2) もっとも、被害者の意思に反した生命侵害がない以上、殺人の客観的な結果発生は認められない。したがって、殺人未遂罪（203条、199条）が成立するにとどまると考える。
- (3) なお、死亡の結果について同意殺人既遂罪（202条後段）の成立が問題となるとも思えるが、同条は同意を「得て」と規定しているので、同意があったことを知った場合に限り適用されるものであり、本問のように同意があったことを知らない場合には適用がないと考える。
- (4) 以上より、丙は殺人未遂罪の罪責を負う。

以上

▶ 合格ライン

- 1 甲の罪責について
 - ・ Aが自殺を思いとどまったくことに着目して、問題提起をしていること
 - ・ 自説から矛盾することなく結論を導いていること
- 2 乙の罪責について
 - ・ 丙が欺罔により自殺したことに着目して問題提起をしていること
 - ・ 自説から矛盾することなく結論を導いていること
- 3 丙の罪責について
 - ・ Bが默示的に死について同意していたことに着目して問題提起をしていること
 - ・ 自説から矛盾することなく論じていること
 - ・ 同意殺人罪の実行行為性を認める場合には、抽象的事実の錯誤について論じていること

★ 論点解説 ★

① 自殺関与罪の法的性質と着手時期

一 問題の所在

甲は自殺を決意しているAに青酸カリを与えたが、Aは結局自殺を取りやめている。この場合に、甲の自殺幇助罪の未遂（203、202前）の成否を考える前提として、自殺関与罪の法的性質を検討する必要がある。なぜなら、未遂が成立するためには実行の着手が必要なところ、自殺関与罪の法的性質を総則の共犯規定との関わりでどう捉えるかが、自殺関与罪の着手時期に影響するからである

二 自殺関与罪の法的性質

1 学説

(1) 総則の共犯とは独立に教唆・幇助行為を処罰した規定とみる見解（前田、大塚等）

自殺関与罪は61条、62条の教唆・幇助とは全く別個の、他人の生命の否定に関与する行為の処罰を独自に規定したものである。

（理由）

- ・ 生命はあらゆる価値の根元であるという見地から、本人が同意していてもその同意は無効であり、他人が自殺に関与することは可罰的違法性を有する。
- ・ 生命の放棄という自己決定は違法ではないものの、好ましくない行為であり、それを助長する行為は禁圧すべきである。

(2) 総則の共犯と同様に考える見解（曾根）

(自殺自体は違法であることを前提として) 自殺関与罪は共犯の要素従属性について制限従属性説に立つことを前提に、自殺を行わせる帮助行為を共犯として処罰したものである。

(理由)

正犯（自殺者）が構成要件に該当する違法な行為を行っている以上、これに関与する行為は違法であり、したがって、202条前段は独立した犯罪類型とみるべきではない。

(批判)

自殺は刑法上の違法行為であるとすることは、「生命は国家にとても重要な利益であり、これを個人が勝手に処分することは許されない」という全体主義的な発想につながるものであり、妥当でない。

2 判例

該当する判例は見当たらない。

三 自殺関与罪の着手時期

1 学説

(1) 関与行為開始説（前田、大谷）

自殺関与罪の法的性質について、総則の共犯とは独立に教唆・帮助といった関与行為を処罰した規定とみる見解を前提に、自殺の教唆・帮助に着手した時点で実行の着手を認める。

(理由)

- ・ 自殺関与罪の法的性質につき、総則の共犯とは独立に教唆・帮助といった関与行為を処罰した規定とみる見解に立った場合、着手時期についても教唆・帮助行為に着手した時点と考えるのが自然である。
- ・ 本罪の教唆・帮助行為そのものが、正犯としての実行行為であり、この教唆・帮助行為が既に自殺に驅り立てる危険性をもつて以上、実行の着手も教唆・帮助の段階で認めるべきである。

(批判)

自殺者が自殺行為を開始しなくとも未遂犯の成立を認めることになるため、未遂处罚の範囲を拡張しすぎることになる。

(2) 自殺行為開始説

自殺者が自殺行為を開始した時点で実行の着手を認める。

- (a) 自殺関与罪の法的性質について、総則の共犯と同様に考える見解から

(理由)

共犯従属性説の立場からは、本人が自殺行為を開始した段階に実行の着手を認めることになる。

- (b) 自殺関与罪の法的性質について、総則の共犯とは独立に教唆・幫助といった関与行為を処罰した規定とみる見解から（大塚、西田、山口）

(理由)

- ・ 202条の立法理由が、自殺者の生命の保護にあるとすれば、その具体的危険が生じた時に未遂とすればよいから、実行従属性を認めるのが妥当である。
- ・ 自殺関与罪（202前）の着手時期は、同一構成要件内に規定される同意殺人罪（202後、殺害行為に着手した時点が実行の着手時期とされる）との均衡を図るために、統一的に理解すべきである。
- ・ 殺人罪の教唆でさえ、被教唆者の殺人行為が開始されなければ実行の着手が認められないのに、それより軽い自殺教唆の場合に教唆行為があっただけで犯罪が成立するとするのは不均衡である。

(批判)

自殺関与罪が独立罪であることを無視するものである。

2 判例

該当する判例は見当たらない。

四 検討

自殺関与罪の法的性質については、多数説である総則の共犯とは独立に教唆・帮助行為を処罰した規定とみる見解に立つのがよいでしょう。

自殺関与罪の実行の着手時期については、関与行為開始説と自殺行為開始説のいずれも有力ですので、答案上はどちらの立場でもよいでしょう。

関与行為開始説によれば、青酸カリを与えた時点で自殺帮助罪の実行の着手が認められますが、Aは結局自殺することを思いとどまっていることから、自殺帮助罪の未遂にとどまることになります。

他方、自殺行為開始説によれば、Aは自殺行為を開始してはいないので、そもそも自殺帮助罪の実行の着手は認められず不可罰となります。

■参考文献

前田・各論・22頁以下、山口・各論・12頁以下、西田・各論・13頁以下

② 偽装心中

一 問題の所在

丙は、乙が追死する気はないのに追死を承諾したことから自殺を決意している。そこで、このように自殺者が死亡すること自体は認識していたが、その動機に錯誤があった場合、行為者には殺人罪（199）・自殺関与罪（202前）のいずれが成立するかが問題となる。

二 学説

1 本質的錯誤説

行為者の追死することが自殺の決意にとって本質的である場合は、自殺教唆の範囲を逸脱し、被害者を道具とする殺人罪の間接正犯である。

（理由）

- ・ 追死という事実は自殺の決意の本意的要素であり、追死を装うという行為がなければ、相手方が自殺の決意を固めるということもなければ、その者の決意は自由な真意によるものとはいえない。したがって、行為者は自殺の決意のない被害者の行為を利用してこれを死に至らせたものとして、殺人罪の間接正犯に該当する。
- ・ 被害者が本当のことを知ったら自殺しない以上、偽装心中は被害者を積極的に殺害した場合と同視すべきである。

2 法益関係的錯誤説

追死の有無について錯誤があっても、自己の生命という保護法益の処分に関して錯誤に陥っていなければ、自殺に対する同意は有効であり、殺人罪ではなく自殺関与罪となる。

（理由）

同意とは、自己の法益を処分する意思である以上、法益に関する錯誤のみが同意を無効にし、その他の事情に関する錯誤は同意の有効性に影響を及ぼさない。

この説からも、法益の有無・程度・性状等に関して錯誤がある場合には、法益に関する認識が欠けることになるから、同意は無効となる。たとえば医師がガン患者に対して、あと一年の余命があるにもかかわらず、あと三ヶ月の命で激痛も襲ってくるからと欺罔して自殺させた場合には、同意は無効であり殺人罪が成立する。

3 自由な自己決定が実質的に害されているかを問題とする説

欺く行為の内容・程度、自殺させる際の器具の準備等、行為者の関与の程度を総合して、当該行為をとれば経験則上一般に行行為者の意思通りに本人を死なせることが可能な場合には、殺人罪の成立を認める。

(理由)

自殺者本人に意思決定の自由がないといえるか、行為者の側からは自らの意思通りに相手方を死なせたといえるかに問題の核心があるといえるが、自殺者が死ぬことを認識している以上自殺することについて錯誤がないから、本人の意に反する生命侵害にならないとするのはあまりに形式的である。また自殺者に重大な瑕疵ある意思が認められる限り殺人罪となるのでは十分でない。すなわち、欺く行為が殺人の実行行為として評価できるものであることが必要である。

三 判例（最判昭33.11.21／百選Ⅱ〔1〕）

判例は、本問類似の偽装心中の事案について、「被害者は被告人の欺罔の結果被告人の追死を予期して死を決意したものであり、その決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思であることが明らかである。そしてこのように被告人に追死の意思がないに拘わらず被害者を欺罔し被告人の追死を誤信させて自殺させた被告人の所為は通常の殺人罪に該当する」とした。

四 検討

学説上はいずれの説も有力です。

本質的錯誤説によれば、丙にとって乙が追死してくれることが自殺の意思決定について本質的であるといえ、乙に殺人罪が成立することになります。

法益関係的錯誤説によれば、乙が追死してくれるかどうかは丙の法益（生命）に直接関係せず法益関係的錯誤が認められませんので、乙には自殺関与罪が成立することになります。

自由な自己決定が実質的に害されているかを問題とする説によれば、乙が追死するという欺く行為の内容・程度が自殺の決意の本質的要素であるとしても、乙が毒薬を用意したわけではなく、乙の関与の程度が低い本問では、経験則上一般に乙の思いどおりに丙を死なせることが可能とはいえず、乙には自殺関与罪が成立すると思われます。

■参考文献

前田・各論・24頁以下、山口・各論・14頁以下、西田・各論・15頁以下

③ 普通殺人の故意で同意殺人の結果が発生した場合

一 問題の所在

Bはかねてから死にたいと考えており、殺されることをちょうどよいと思っていたことから、Bは内心では丙に殺されることに同意しているのである。

しかし、丙はこれを知らずBを殺害しているが、この場合丙にいかなる犯罪が成立するか、殺害行為時に同意があったのにそれがなかったと誤信して行為した場合の処理が問題となる。

二 学説

1 殺人罪説（内田、旧大谷等）

（理由）

当事者間で、嘱託・承諾の関係が存在しない以上、承諾殺人とすることは許されない。

2 同意殺人罪説（大塚、大谷、前田等）

（理由）

「被害者の意思に反して生命を奪う危険性」が存在しない以上、普通殺人に向けての客観的な実行行為性が認められない。

3 殺人未遂罪説（平野等）

（理由）

法は、同意を「得て」と規定しているので、同意があることを知っていた場合に限るとするのが条文に忠実な解釈であるかもしれない。そうだとすると、同意があるのを知らずに殺したときは、通常殺人の既遂が成立することになる。しかし、同意をしている場合は、法益性そのものが軽くなるのであるから、客観的には殺人罪の結果が欠けている。

4 同意殺人罪及び殺人未遂罪が成立し、殺人未遂罪の包括一罪として評価されるとする説（山口、井田）

（理由）

客体の不能については未遂犯が成立すると考える以上、殺人未遂罪の成立を否定しない。また、殺人未遂罪のみの成立を認めると被害者を死亡させた点を全く評価していないことになる。

三 判例（大阪高判平10.7.16／H10重判〔10〕）

被告人が、被害者の下腹部をナイフで刺して殺してもらいたい旨の依頼に応じて被害者の下腹部をサバイバルナイフで突き刺して殺害したという事案において、判旨は「被害者は、死の結果に結びつくことを十分認識しながら、いわば究極のSMプレイとして、下腹部をナイフで刺すことを被告人に依頼したのであり、真意に基づいて、殺害を委託したものと理解する余地が十分にある。……なお、被告人は……被害者が本当に殺されたいと思って頼んでいるのではないことは分かっていたが、その依頼に応ずるかのように装って

殺害した旨の供述をしており……仮に被告人が捜査段階で述べたような心理状態で本件犯行に及んだものであるとしても、被害者の真意に基づく囑託が存在する以上、「囑託殺人は成立する」としており、同意殺人罪説に立つものと解される。

四 検討

現在の多数説である同意殺人罪説に立つのがよいでしょう。

殺人罪説からは、丙に殺人罪が成立することになります。

同意殺人罪説からは、一般的には丙に同意殺人罪が成立することになります。この場合、客観的には同意殺人を犯していくながら、主観的には同意の存在を認識せずに殺人の意図があるので、抽象的事実の錯誤の問題が生じます。ここで法定的符合説と抽象的符合説のいずれによっても同意殺人罪の故意を認めてよいでしょう。

殺人未遂罪説からは、丙に殺人未遂罪が成立することになります。

同意殺人罪及び殺人未遂罪が成立し、殺人未遂罪の包括一罪として評価されるとする説からは、丙に同意殺人罪及び殺人未遂罪が成立し、重い殺人未遂罪に包括して評価されることになります。

■参考文献 ■

前田・各論・28頁以下、山口・各論・16頁以下

オプション問題

甲は、年末に故郷に帰省した際、中学校の同級生である乙と久しぶりに再会し居酒屋で旧交を温めていた。この際、乙はアルコールが苦手なのでウーロン茶を飲んでいたが、甲が「俺の酒が飲めないのか。」と言って、嫌がる乙に飲酒を強要したため、乙は自力歩行がおぼつかないほどに泥酔してしまった。

深夜、甲は、乙を乙の実家まで送り届けようと思い、ともに店を出て帰宅の途についた。その帰路において、乙は、街灯もなく人通りのほとんどない路地裏にふらふらと入っていき、連れ戻そうとした甲に対し「放っておいてくれ。俺は一人で帰る。」と悪態をついて病院の裏口の前で寝込んでしまった。甲は、乙が「放っておいてくれ。」と言っているうえに、さらに、自分には乙を送り届ける義務はないと思い、乙を放置して帰宅することにしたが、甲は乙の身を案じて、乙が病院職員に保護されたのを確かめてから帰宅した。乙に、生命・身体に異常はなかった。

甲の罪責を論ぜよ。

学習のポイント

1 本問ではまず、甲が「俺の酒が飲めないのか。」と言って、嫌がる乙に飲酒を強要しているので、強要罪（223）の成否が問題となります。もっとも、いずれの見解に立っても甲の行為は「暴行」・「脅迫」にあたらず、強要罪は成立しないことになるでしょう。

2 保護責任者遺棄罪・不保護罪について

(1) 「遺棄」の意義について

甲は不作為形態により乙を遺棄しているため、かかる行為形態が「遺棄」に含まれるかが問題になります。本問では、この解釈によって、保護責任者遺棄罪と不保護罪のいずれが問題になるかが左右されることになります。この点、判例は、217条の「遺棄」は移置すなわち作為の遺棄のみを指し、218条の「遺棄」は移置だけでなく、置き去りという不作為の遺棄を含むとして、保護責任者遺棄罪の問題としています。

(2) 主体について

まず、甲が、保護責任者遺棄罪・不保護罪の主体にあたるかが問題となります。

この点については、問題文の、「嫌がる乙に飲酒を無理やり強要した」、「実家まで送り届けようと思い、ともに店を出」た、という具体的な事情を、それぞれ甲の先行行為、排他的支配と評価して、条理による保護義務を認定することが妥当でしょう。

(3) 客体について

次に、乙が、保護責任者遺棄罪・不保護罪の客体にあたるかが問題となります。

この点については、218条は「老年者、幼年者、身体障害者又は病者」のみと規定し、217条のように「扶助を必要とする」という要件は規定されていませんが、同じ遺棄罪である以上、218条においても、この要件は当然に要求されると解されています。

判例は、「身体の自由を失い他人の扶助を要する状態にあったと認められるとき」は病者にあたると判示していますので、これに従えばよいでしょう。

(4) 罪質について

乙は「人通りのほとんどない路地裏にある病院の裏口前」に放置されたため抽象的危険は生じていますが、「病院職員に保護された」ため具体的危険は生じていません。そこで、本罪の成立には、具体的危険の発生が必要か、抽象的危険犯の発生で足りるかが問題となります。

(5) 構成要件的故意について

甲は、「送り届ける義務はないと思」って、乙を放置していることから、構成要件的故意が認められるかが問題となります。

この際、構成要件的故意を否定すると、甲に犯罪が成立しなくなってしまうため、①二分説を探って事実の錯誤はないとするか、②規範的構成要件要素について素人的認識を有するとして、構成要件的故意を肯定するのがよいでしょう。

(6) 法律の錯誤による責任故意の阻却について

上記(5)において、甲に構成要件的故意が認められたとした場合であっても、甲は保護義務が生じないと誤信しているため、法律の錯誤が問題となります。

この点については、違法性の意識の要否について、①違法性の意識不要説、②厳格故意説、③制限故意説、④責任説などの争いがあるところです。

★★論点一覧★★

1 保護責任者遺棄罪・不保護罪

2 保護義務の錯誤

参考答案

- 第1 本問ではまず、甲が乙に飲酒を強要している点について、甲に強要罪（223条1項）が成立しないか問題となるが、甲は乙に「俺の酒が飲めないのか。」といったにすぎず、「暴行」・「脅迫」を手段としていたため、強要罪は成立しない。
- 第2 次に、甲が泥酔した乙を路地裏にある病院の裏口前に放置した行為は、保護責任者遺棄罪（218条前段）と、不保護罪（218条後段）のいずれの問題となるか。

1 甲の行為は、置き去りという不作為形態であるから、かかる行為は「遺棄」と、「必要な保護をしなかった」のいずれにあたるかが問題となる。

(1) この点、判例は、217条の「遺棄」は移置すなわち行為の遺棄のみを指し、218条の「遺棄」は移置だけでなく、置き去りという不作為の遺棄を含むとする。

しかし、隣り合った条文で使用されている「遺棄」という文言の解釈を異にするのは妥当ではない。

そこで、217条と218条の「遺棄」を統一的に解釈し、「遺棄」は作為による移置のみをいい、不作為形態の遺棄は、218条後段の「必要な保護をしなかった」にあたると解する。

(2) よって、置き去りという不作為形態である甲の行為は、「必要な保護をしなかった」にあたり、不保護罪の問題となる。

◀保護責任者遺棄罪・
不保護罪

2 では、甲の行為は、不保護罪に該当するか。

(1) まず、甲は、本罪の主体である「…を保護する責任のある者」にあたるか。

この点、「…を保護する責任のある者」とは、法律上、本罪の客体の生命身体の安全を保護する義務を負う者をいい、この保護義務は、法令、契約、事務管理、慣習・条理により生じる。

本問では、甲は乙に飲酒を強要するという先行行為により、乙を要扶助状態に陥らせている。また、甲は、泥酔状態の乙を、実家に送り届ける意思で共に店を出ており、自己の意思により自己の排他的支配下に置いている。

したがって、甲には、条理上の保護義務が認められ、「…を保護する責任のある者」にあたる。

(2) では、乙は、本罪の客体である「病者」にあたるか。

この点、被保護者の生命身体の安全という本罪の保護法益からは、泥酔者も、身体の自由を失い他人の扶助を要する状態にあったと認められるときは、「病者」にあたると解する。

本問では、乙は自力歩行がおぼつかないほどに泥酔しており、身体の自由を失い他人の扶助を要する状態にあったと認められ、「病者」にあたる。

(3) 次に、甲が乙を放置したのは、病院の裏口の前であり、

乙は病院関係者に保護されている。そうであるとすると、乙の生命・身体に対する抽象的危険を生じさせているが、具体的危険は生じさせていないので、不保護罪が具体的危険犯か抽象的危険犯かが問題となる。

この点、不保護罪には法の明文上具体的な危険の発生が明記されていないし、具体的危険の発生を要求すると、生命に対する具体的危険の発生の認識が必要となり、故意の点で殺人と区別しえなくなってしまう。

そこで、不保護罪は抽象的危険犯であり、本罪の成立には抽象的危険の発生で足りる。

- (4) さらに、甲は、本罪の主体である「…を保護する責任のある者」に該当しないと誤信していることから、「罪を犯す意思」(38条1項)に欠け、構成要件的故意が認められないのではないか。

この点、故意責任の本質は、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、あえて実行した点に対する道義的非難である。そうであれば、「…を保護する責任のある者」のように、該当性判断のために規範的・評価的な価値判断が必要な規範的構成要件要素については、その意味の認識がなければ反対動機の形成が不可能であるから、意味の認識が必要である。もっとも、一般人に、法的な意味の認識まで要求するのは不可能で

◀保護義務の誤認

あり、一般人が通常有する素人的認識で足りると解する。

本問では、甲には、自己の先行行為により乙を要扶助状態に陥らせ排他的支配下に置いた点についての認識があるため、乙を保護すべき義務について素人的認識を有するといえ、構成要件的故意は認められる。

- (5) よって、甲の行為は、不保護罪の構成要件に該当する。
3 次に乙には生命に対する抽象的危険が発生しているが、乙は「放っておいてくれ」と言っているため、同意により違法性が阻却されるか問題となる。

この点、不保護罪の保護法益は生命・身体の安全であるところ、生命の範囲では処分が不可能である以上、同意によって違法性が阻却されることはない。

- 4 さらに甲は、前述のように、「…を保護する責任のある者」の該当性について素人的認識を有するものの、その法的評価について誤信していることから、違法性の意識を欠き、責任故意が阻却されないか。

この点、甲は違法性の意識を欠いているが、自己の先行行為により乙を要扶助状態に陥らせ排他的支配下に置いていることから、違法性の意識の可能性は認められ、責任故意は阻却されない。

- 5 よって、甲に不保護罪(218条後段)が成立する。

以上

司法試験 予備試験 新・論文の森 刑法(下)

2011年11月10日 第1版 第1刷発行

著者 ● 株式会社 東京リーガルマインド
LEC 総合研究所 司法試験部

発行所 ● 株式会社 東京リーガルマインド
〒164-0001 東京都中野区中野4-11-10
アーバンネット中野ビル
☎ 03(5913)5011 (代表)
☎ 03(5913)6336 (出版部)
☎ 048(999)7581 (書店様用受注センター)

振替 00160-8-86652

www.lec-jp.com/

印刷・製本 ● 倉敷印刷株式会社

© 2011 TOKYO LEGAL MIND K. K., Printed in Japan

ISBN978-4-8449-3200-0

複製・頒布を禁じます。

本書の全部または一部を無断で複製・転載等することは、法律で認められた場合を除き、著作者及び出版者の権利侵害になりますので、その場合はあらかじめ弊社あてに許諾をお求めください。

なお、本書は個人の方々の学習目的で使用していただくために販売するものです。弊社と競合する営利目的での使用等は固くお断りいたします。

落丁・乱丁本は、送料弊社負担にてお取替えいたします。出版部までご連絡ください。

ISBN978-4-8449-3200-0

C3332 ¥3800E



9784844932000

定価3,990円 ★3,800円+税5%
LD03200



司法試験 予備試験
新・論文の森
刑法(下)