

司法試験

---

## 既修法律対策

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 174525

LU17452



## 公開講座 法科大学院～既修法律対策

実施日時：平成29年6月25日（日）18：45～19：45

講師：LEC専任講師 矢島 純一

講師略歴：明治大学政治経済学部卒業，裁判所事務官I種特例試験合格，裁判所事務官（会計予算），裁判所書記官（刑事部），明治大学法科大学院修了（既修），平成22年司法試験合格，弁護士（東京弁護士会）

### 1 既修対策のポイント

- ・平成29年度の法学既修者試験は実施が見送られた。  
→従来，法学既修者試験を入試の資料に用いていた法科大学院を受験する方は，各学校の入試の内容を確認する。
- ・法律に関する基本重要知識を効率よくインプットする。  
→このインプットは法科大学院入試だけでなく，予備試験や司法試験の合格にも必要となる。
- ・基本的な論文試験の事例を答案に書けるようにしておく。  
→自分が受験する学校のホームページなどから過去問を入手して，どの程度の問題が出題されるのかをしっかりと把握しておき，試験本番に焦らないようにしておく。

### 2 法律に関する基本重要知識の効率の良いインプット

本日は、「**矢島の速修インプット講座**」（**刑法**）のサンプルテキストを用いて，法科大学院入試はもちろん，予備試験，司法試験にまで通用する基本重要知識を実際に学んでいきます。なお，本レジュメの**巻末**に，**憲法**の違憲審査基準の**結論部分**をまとめたものを掲載しています。**記憶用のカード**をとして使ってください。

本日の60分の講義時間でサンプルテキストの全てを解説することはできないので，いくつかの項目をピックアップして解説することにします。

矢島の体系整理テキスト2017 サンプルテキスト

刑法 I

・はじめに

このテキストの記載事項には重要度に応じて記号を付しています。講義を聴いた後は特に重要度が高い「●」と「○」印があるところだけは最低限しっかりと復習してください。これらよりも重要度が下がる「◆」と「◇」印の復習は「●」と「○」印の理解と記憶ができてから各自の可処分時間に応じて可能な範囲で行ってください。「▲」と「△」印や無印の事項の復習はさらに後回しにしてください。

「●」と「○」印の復習が十分にできたあたりのところで、秋に開講する矢島の論文完成講座などで論文試験の答案の書き方を学ぶと、効率よく論文試験対策ができます。論文試験対策を始めた以降は、それと同時進行で速修インプット講座の復習を続けていくと、合格に必要な重要基本知識をしっかりと定着させることができます。また、この講義の復習が終わったところで、適宜、短答対策として市販の短答の過去問集などを利用して計画的に短答知識を確認していくと試験前に慌てずに済みます。

平成29年6月25日

LEC専任講師 矢島 純一

・判例を理論的に解説している文献

応用刑法 I (法学セミナーNo.729 から連載・大塚裕史), 基本刑法 I・II (日本評論社・大塚裕史, 十河太朗, 塩谷毅, 豊田兼彦)

・記憶する事項 重要ランク

論文試験で規範(要件)や法律効果などとして答案に書くことがある事項を重要度の高いものから順番に「●」,「◆」,「▲」と記号を付しました。

・理解する事項 重要ランク

論文試験で規範として答案に直接書くことは通常はないが、より深い答案を作成するために内容を理解しておくことが必要な知識を重要度の高いものから順番に「○」,「◇」,「△」と記号を付しました。

・条文の略記: I = 1 項 ① = 1 号 本 = 本文 但 = ただし書 前 = 前段 後 = 後段

・短答の問題番号の略記: H23-4 = 平成23年度司法試験第4問 プレ = プレ試験

予 H25-7 = 平成25年度予備試験第7問 サ = サンプル問題

## \*巻頭付録 論文試験で故意犯が成立するまでに検討の対象となりやすい事項 ○

刑法の犯罪は大きく故意犯と過失犯とに区別できる。ここでは刑法の体系の基本を理解するために故意犯を例に、論文試験で検討の対象となりやすい事項についての概略を確認しておく。その他の事項は、テキストの本文で説明する。

### 1 構成要件該当性

#### (1) 客観的構成要件要素

→故意犯の成否については、客観的構成要件要素として、まずは①実行行為の有無を検討する。そして、③結果の発生があるときは、②実行行為と結果の発生との間の因果関係の有無を検討することになる。

#### ①実行行為→②因果関係→③結果

- ・実行行為が認められても、結果が発生しなかった場合は未遂犯にとどまる。結果が発生しない場合は、因果関係は問題とならない。結果が発生してもその結果と実行行為との間に因果関係が肯定できない場合は既遂犯は成立せず未遂犯にとどまる。

#### (2) 主観的構成要件要素

→構成要件の該当性の判断において、行為者の主観面を考慮すべきかについては見解が分かれる。このテキストでは、人を殺す行為であっても、行為者の主観面によって殺人罪、傷害致死罪、過失致死罪のいずれの罪が成立するかを構成要件該当性の段階で区別するために、客観的な構成要件該当事実に対する認識・認容としての故意（構成要件の故意）を主観的な構成要件要素として認める見解に立つ。

- ・故意犯の成立に必要な主観的構成要件要素として、故意（構成要件の故意）とは別の主観的違法要素（例：窃盗罪の不法領得の意思、文書偽造罪など目的犯の目的）が要求される犯罪がある。主観的違法要素を、主観的超過要素ということもある。

#### (3) 構成要件該当性のまとめ

→行為者の行為が客観的構成要件要素と主観的構成要件要素を満たす場合は、当該行為に構成要件該当性が認められ、違法性阻却事由や責任阻却事由がない限り、故意犯が成立する。

## 2 違法性阻却事由

→構成要件は違法で有责な行為を類型化したものであるとの見解に立つと、構成要件に該当する行為は、違法性阻却や責任阻却がされない限り、犯罪を成立させることになる。違法性阻却事由には明文のあるものと明文のないものがある。

- ・明文のある違法性阻却事由の例：法令行為、正当業務行為、**正当防衛**、**緊急避難**
- ・明文のない違法性阻却事由の例：傷害罪の被害者の承諾、**自救行為**

## 3 責任阻却事由

→行為の構成要件該当性が肯定され、違法性阻却事由がないときであっても、故意犯が成立するためには、①責任能力、②責任故意、③適法行為にでることの期待可能性という3つの**責任要素**を満たす必要があるとの見解がある。

もっとも、構成要件に該当する行為は違法性と責任があることが推定されるため、①責任能力がないこと、②責任故意がないこと、③適法行為にでることの期待可能性がないことが**責任阻却事由**として機能し、責任阻却事由が1つでもあるときは、構成要件に該当して違法性が阻却されない行為であっても、責任が阻却されて犯罪が成立しないと考えていく。

- ・②**責任故意**についていえば、例えば、AがBを殴って傷害を負わせた行為の客観面を認識認容していた場合、傷害罪の構成要件の客観面（実行行為、結果、因果関係）と主観面（構成要件の故意）を充足するので、Aの行為は構成要件に該当する。もっとも、Aが、Bから殴りかかられるとして急迫不正の侵害が存在すると誤信して、身を守るためにBを殴った場合、Aは、自己の行為が正当防衛として正当化されると信じてそのような行為をしていることから、責任避難を課し得ない。このように、正当防衛などの違法性阻却事由に関する事実<sup>1</sup>に錯誤（違法性阻却事由の錯誤）がある場合は、責任故意がないものとして行為の故意責任が阻却され、故意犯は成立しない。

この考え方は、違法性阻却事由が存在しないことの認識を責任故意として責任要素に位置づけた上で、違法性阻却事由に錯誤がある場合には、責任故意がないものとして責任を阻却する見解である。

- ・ **②責任故意**について、上記の違法性阻却事由が存在しないことの認識の他に違法性の意識又は違法性の意識の可能性を責任故意とする見解がある。

この点について、かつて**判例**は、(責任)故意の内容として違法性の意識を不要とする見解をとっていたが、**最近の最高裁**は、(責任)故意の内容として違法性の意識の可能性までは要求していないが、違法性の意識を欠いたことに相当な理由がある場合には(責任)故意を阻却する傾向にあるといわれている (**最決昭 62. 7. 16**)。

#### 4 客観的処罰条件・処罰阻却事由・その他

→ある行為につき構成要件該当性があり、違法性阻却事由がなく、責任阻却事由がない場合は、故意犯の成立要件を全て満たすことになるため**故意犯が成立**する。**もっとも、犯罪が成立**することを**前提**に、一定の事由がある場合には**処罰が阻却**されたり、**刑が減輕又は免除**されたりすることがある。

- ・ 犯罪の成立要件(構成要件該当性、違法性、責任)を全て満たし、犯罪が成立することを前提に、一定の者について政策的に刑罰権が発生しないとするものを処罰阻却事由(人的処罰阻却事由)という。処罰阻却事由は犯罪の成否には影響しないが処罰を否定する事情となるものである。

例：親族相盗例(244)の一定の近親者の身分

- ・ 事前収賄罪(197Ⅱ)における「公務員となった場合」という事情は、犯罪の成立要件とは関係がないが、その事情がなければ処罰されないものとして客観的処罰条件といわれている。
- ・ 上記の他にも犯罪の成立要件とは無関係なものとして、**過剰防衛**による刑の任意的な減輕又は免除(36Ⅱ)、**過剰避難**による刑の任意的な減輕又は免除(37Ⅰ但書)、**心神耗弱**による刑の必要的な減輕(39Ⅱ)、**中止犯**の刑の必要的な減輕又は免除(43但書)などがある。

## 5 具体例

- ・ **例えば**，Aが道を歩いていたところ，突然，見知らぬBから殴りかかれそうになったため，自己の身を守るために，手拳でBの顔面を殴って加療約1週間の顔面打撲のけがを負わせた場合におけるAの罪責を検討する。

まず，Aが，手拳でBの顔面を殴って加療約1週間の顔面打撲のけがを負わせた行為は，人の生理的機能に障害を与える行為であり，人を「傷害」したものと見えるので，**傷害罪の構成要件に該当**する（204）。

**もっとも**，AがBを傷害したのは，Bによる急迫不正の侵害に対して，防衛のためになされた上に，Aの反撃行為はBの侵害行為に対する必要かつ相当なものといえるので，**正当防衛（36 I）が成立して違法性が阻却**される。よって，Aには**傷害罪が成立しない**ことになる。

- ・ また，上記の事例で，実は，BはAに殴りかかろうとしていたのではなく，Aに道を尋ねるためにAの前に立ちほだかっただけであったという場合（誤想防衛の事案）は，Aの行為は傷害罪の構成要件に該当する。そして，正当防衛の成立に必要な急迫不正の侵害がないため**正当防衛は成立せず，違法性は阻却されない**。

**もっとも**，Aは，急迫不正の侵害があると誤信し，防衛の意思をもって，防衛手段としても必要かつ相当な行為をしている。このような場合，Aは，自己の行為が正当防衛として許されると誤信していたため，Aに故意非難を課し得ないので責任故意が阻却される。責任故意は故意犯の成立に必要な責任要素なので，結局，Aの行為は，傷害罪の構成要件に該当するものの，責任が阻却され傷害罪は成立しない。

この場合，Aは，自己の行為が構成要件に該当することは認識しているので構成要件の故意が阻却されるのではなく，責任故意が阻却されるということをしっかりと理解する。

なお，故意犯が成立しない場合でも，過失犯の成否は故意犯の成否とは別の問題として検討されるものであるので，Aが，急迫不正の侵害を誤信したにつAに過失があれば，Aに過失傷害罪が成立する。



# 第1編 刑法総論 構成要件・違法性・責任

## 第1章 実行行為

### 1 行為論

→構成要件該当性の起点となる客観的構成要件要素は実行行為である。実行行為の内容を成す「行為」とは、意思に基づく人の身体の動静をいうと解されている。身体の「動静」とは作為・不作為をいう。○

### 2 実行行為の意義

→実行行為とは、一般的な見解に従えば、特定の構成要件の結果を実現する現実的危険性を有する行為をいう。●

- ・実行行為の着手の有無が問題となった判例については「未遂」の章を参照。
- ・44条は「未遂を罰する場合は、各本条で定める。」として、未遂処罰規定があるときは未遂犯が成立する旨を規定している。したがって、未遂処罰規定のある犯罪について**実行行為**が認められれば、結果が発生しなくても**未遂犯**として処罰の対象となる（実行行為の未遂処罰機能）。○
- ・なお、実行行為に至らない行為であっても、予備罪の処罰規定があれば、予備罪として処罰される。○

例：殺人予備(201)、強盗予備(237)、放火予備(113)、通貨偽造等準備(153)

- ・実行行為を行う者を「正犯」として、実行行為を行わない共犯者と区別される。正犯には、自ら直接実行行為を行う直接正犯と、他人を利用して自らが実行行為をしたものと評価される間接正犯とがある。○



## (2) 早すぎた構成要件の実現における実行の着手の判断枠組み（客観面）

→最高裁は、実行の着手の有無を判断するための判断資料として、客観的な事情だけでなく、主観的な行為者の計画を考慮する立場にたっている。この点について、「強姦目的で被害者をダンプカーに引きずり込もうとした時点で強姦罪の実行の着手を認めた判例や（**最決昭 45.7.28**）〔計画が考慮されて着手時期が早められた事例〕、窃盗目的で電気器具店に侵入して懐中電灯であたりを照らして物色した者が、なるべく現金をとりたいと思ってレジスターのある煙草売場の方に行こうとしたじてんで窃盗罪の実行の着手を認めた判例（**最決昭 40.3.9**）〔計画が考慮され着手時期が遅くなった事例〕が有名である。○

早すぎた構成要件の実現の事案でも、最高裁は、次のとおり、実行の着手の有無を判断するための判断資料として、客観的な事情だけでなく、主観的な行為者の計画を考慮している。その上で、行為者が実際に実行した第1行為と、行為者が主観的に計画していた第2行為に一体性（客観的な関連性と主観的な関連性）があるため1個の行為と評価できるときは、第1行為の時点で、実行の着手が認められると判断しているものと解されている。○

**注：**行為が複数あるときは、各行為は独立したものとして別々に刑法の評価の対象になるのが原則である。例外として、各行為に客観的な関連性と主観的な関連性が認められるときは、各行為を一体のものとして評価することができる。

### ・最高裁の判断枠組み（規範） ● H23-18, H24-3

最高裁は、このような事案において、まず、第1行為が殺人罪の客観的な実行行為性を満たしていることを認定している。その認定については、①第1行為が第2行為を**確実かつ容易**に行うために**必要不可欠**なものであったといえること、②第1行為に成功した場合、それ以降の殺害**計画を遂行**する上で**障害**となるような特段の事情が**存しなかった**と認められること、③第1行為と第2行為との間の**時間的場所的**近接性があることに着目して、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものとした（**最決平 16.3.22**）。

### ・まとめ 行為の一体性を判断する要素

- ① **必要不可欠性**
- ② **遂行容易性**
- ③ **時間的場所的**近接性

・ H25 司法論文刑事系第1問（出題の趣旨・抜粋）

本問で特に問題となるのは、構成要件の実現が早すぎた場合の実行の着手時期等をどのように考えるのかという点である。この点については、最決平成16年3月22日が参考になる。（中略）この判例のような考え方に従うのであれば、同判例が挙げる実行着手を判断するための考慮要素、すなわち、①第1行為が第2行為を確実に容易に行うために必要不可欠なものであったこと、②第1行為に成功した場合、それ以降の犯罪計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められること、③第1行為と第2行為との間が時間的場所的に近接していることの各要素を示すなどした上、各種事情を的確に当てはめ、第1行為時に殺人罪の実行着手が認められるかを検討することが必要である。

(3) 早すぎた構成要件の実現における故意（主観面）

→早すぎた構成要件の実現において、第1行為の時点で、客観面での実行の着手が認められるとして、その時点で、故意（構成要件の故意）が認められなければその犯罪は成立しない。そこで、第1行為の時点で、第2行為により実現を計画していた犯罪の故意が認められるのかが問題となる。

- ・客観面で検討した必要不可欠性、遂行容易性、時間的場所的近接性が認められるため実際に行った第1行為と計画していた第2行為を1個の行為と評価できると、故意の認識対象は、第1行為を経て第2行為により結果を実現させるという1個の構成要件該当事実（例：クロロホルムを吸引させて気を失わせた上で、海中に転落させて溺死させる事実）ということになる。行為者は、第1行為の時点で、このような事実を認識していたといえるため、第1行為の時点で故意が認められることになる。●

別の言い方をすれば、客観面で第1行為と第2行為を一連一体のものとして1つの実行行為を観念した場合、第1行為の時点で、そのような一連一体の行為によって結果が発生することについての認識認容があれば、第1行為の時点で、故意を認めることができるということである。

- ・判例も、必要不可欠性、遂行容易性、時間的場所的近接性から第1、第2行為の一体性を認めて第1行為の時点で客観面での実行の着手を認めた上で、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上、自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯の認識と異なり、第2行為の前の時点でVが第1行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠

けるところはないとして第1行為の時点で殺意を認めた（最決平16.3.22）。○

・補足 早すぎた構成要件の実現と**因果関係の錯誤**

早すぎた構成要件の実現の場合、行為者が認識予見した因果の経過と、実際の因果の経過に食い違いが生じるので、因果関係の錯誤が生じる。そこで、この場合、因果関係の錯誤を理由に故意が阻却されるのかが**問題**となる。

**判例**は、因果関係の錯誤を理由に故意を阻却したものはない。平成16年最高裁決定も、因果関係の錯誤には何ら言及しないまま故意を肯定した。

**学説**では、因果関係が故意の認識対象になるかにつき争いがあるも、因果関係は構成要件要素として故意の認識対象になるとして、因果関係の錯誤は構成要件的事実の錯誤になるとの**見解**に立っても、同一構成要件内の事実の錯誤については故意を阻却しないとの**法定的符合説**の立場に立つと、行為者が認識した因果経過と現実の因果経過との間に食い違いがあっても、両者が法的因果関係(危険の現実化)の範囲で一致するときは、その食い違いは重要ではないので、故意は阻却されないと解される。

補足すると、現実の因果経過を認識していなくても、それと同じ構成要件的評価を受ける因果経過を認識しているのであれば規範の問題に直面して反対動機を形成する可能性があるため、発生した結果について故意責任を問える。そのため、上記の「両者が法的因果関係(危険の現実化)の範囲で一致」するとは、第1行為であるクロロホルムの準備行為とVの死亡との間の因果関係が認められること、及び、行為者が認識した因果経過(クロロホルムを吸引させた上で海に転落させて溺死させる)が現実存在すると仮定した場合にも行為と結果との間に因果関係が認められることを意味する。これら因果関係が認められるときは因果関係の錯誤は故意を阻却しない(応用刑法I・第8講)。

因果関係は故意の認識対象にならないとの**見解**に立つと、因果関係の錯誤は問題とならず、実行行為と結果との間に客観的な因果関係が認められれば、行為者は結果について責任を負う。

因果関係の錯誤については事実の錯誤の項目で改めて説明する。

\*最決平16.3.22 早すぎた構成要件の実現

[決旨]

- 1 1, 2 審判決の認定及び記録によると、本件の**事実関係**は、次のとおりである。
- (1) 被告人Aは、夫のVを事故死に見せ掛けて殺害し生命保険金を詐取しようと考え、被告人Bに殺害の実行を依頼し、被告人Bは、報酬欲しさからこれを引き受けた。そして、被告人Bは、他の者に殺害を実行させようと考え、C、D及びE(以下「実行犯3名」という。)を仲間に加えた。被告人Aは、殺

人の実行の方法については被告人Bらにゆだねていた。

- (2) 被告人Bは、実行犯3名の乗った自動車（以下「犯人使用車」という。）をVの運転する自動車（以下「V使用車」という。）に衝突させ、示談交渉を装ってVを犯人使用車に誘い込み、クロロホルムを使ってVを失神させた上、a付近まで運びV使用車ごと崖から川に転落させてでき死させるという計画を立て、平成7年8月18日、実行犯3名にこれを実行するよう指示した。実行犯3名は、助手席側ドアを内側から開けることのできないように改造した犯人使用車にクロロホルム等を積んで出発したが、Vをでき死させる場所を自動車で1時間以上かかる当初の予定地から近くのbに変更した。
- (3) 同日夜、被告人Bは、被告人Aから、Vが自宅を出たとの連絡を受け、これを実行犯3名に電話で伝えた。実行犯3名は、宮城県石巻市内の路上において、計画どおり、犯人使用車をV使用車に追突させた上、示談交渉を装ってVを犯人使用車の助手席に誘い入れた。同日午後9時30分ころ、引地（DかE）が、多量のクロロホルムを染み込ませてあるタオルをVの背後からその鼻口部に押し当て、Cもその腕を押さえるなどして、クロロホルムの吸引を続けさせてVを昏倒させた（以下、この行為を「第1行為」という。）。その後、実行犯3名は、Vを約2km離れたbまで運んだが、被告人Bを呼び寄せた上でVを海中に転落させることとし、被告人Bに電話をかけてその旨伝えた。同日午後11時30分ころ、被告人Bが到着したので、被告人B及び実行犯3名は、ぐったりとして動かないVをV使用車の運転席に運び入れた上、同車を岸壁から海中に転落させて沈めた（以下、この行為を「第2行為」という。）。
- (4) Vの死因は、でき水に基づく窒息であるか、そうでなければ、クロロホルム摂取に基づく呼吸停止、心停止、窒息、ショック又は肺機能不全であるが、いずれであるかは特定できない。Vは、第2行為の前の時点で、第1行為により死亡していた可能性がある。
- (5) 被告人B及び実行犯3名は、第1行為自体によってVが死亡する可能性があるとの認識を有していなかった。しかし、客観的にみれば、第1行為は、人を死に至らしめる危険性の相当高い行為であった。

2 上記1の認定事実によれば、実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上、その失神状態を利用して、Vを港まで運び自動車ごと海中に転落させてでき死させるというものであって、〔①〕第1行為は第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、〔②〕第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存在しなかったと認められることや、〔③〕第1行為と第2行為との間の時間的場所的接近性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。

また、実行犯3名は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯3名の認識と異なり、第2行為の前の時点でVが第1行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けることなく、実行犯3名については殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる。そして、実行犯3名は被告人両名との共謀に基づいて上記殺人行為に及んだものであるから、被告人両名もまた殺人既遂の共同正犯の罪責を負うものといわねばならない。したがって、被告人両名について殺人罪の成立を認めた原判断は、正当である。

## 第2章 不真正不作為犯

### 1 不作為犯の意義

→刑法上の不作為は、単に何もしないことを意味するのではなく、要求された作為をしないことを意味し、作為義務の存在を前提とする作為義務違反をいう。要求された「作為」をしないことで成立する犯罪を**不作為犯**という。○

#### ・真正不作為犯

真正不作為犯とは、構成要件が不作為の形式で定められている犯罪をいう。●

刑法典には、多衆不解散罪(107)、不退去罪(130後段)、保護責任者不保護罪(218後段)の3つの不真正不作為犯が存在する。例えば、不退去罪を定める130条後段は、「要求を受けたにもかかわらずこれら場所から退去しなかった者」に同罪が成立するとして条文上、作為義務を規定している。○

#### ・不真正不作為犯

不真正不作為犯とは、構成要件が作為の形式で定められている犯罪を、不作為によって実現するものをいう。●

不真正不作為犯を認めても罪刑法定主義に違反しないと解されている。例えば、「人を殺した」(199)として作為の形式で定められている殺人罪についていえば、首を絞めるなどの作為による殺人の他に、乳児に授乳せずに餓死させるという不作為による殺人も「人を殺した」との文言に文理上含まれているといえる。したがって、不作為による殺人罪を認めても罪刑法定主義には違反しない。○ H22-2, H28-2

関連問題：司法論文 H22, H26

\*不真正不作為犯についての判例を理論的に分析している参考文献

法学セミナー No. 731 応用刑法I 第3講 大塚裕史

## 2 不真正不作為犯の実行行為性

### (1) 意義

→**実行行為**とは構成要件の結果を惹起する現実的危険性を有する行為をいう。これには典型的には作為による実行行為が当たるが、不作為であっても、構成要件の結果を惹起する現実的危険性があるものとして作為による実行行為との同価値性が認められれば**実行行為性**が認められる。○

どのような条件を満たせばこの同価値性が肯定されるかについては次のように説明することができる。作為義務に違反する不作為は、犯罪の実行行為として刑罰を課すための要件なので、ここで作為義務は、道徳上の義務ではなく、刑法上の法的作為義務でなければならない。そのため、不作為にこのような同価値性が認められるためには、単に何もしないという不作為では足りず、**刑法的な作為義務に違反**することが必要となる。また、刑法は不可能や困難を強いるものではないため、作為にでることの可能性と容易性も必要となる。したがって、〔①〕一定の**法的作為義務**が存在し、〔②〕**作為にでることの可能性と容易性**がにもかかわらず、その**作為義務に違反**することは、作為による実行行為と同価値なものとして**不真正不作為犯の実行行為**となると解される。○

### (2) 法的作為義務の発生根拠

→かつて通説とされていた見解は、法的作為義務の根拠として、**法令**（例：親の子に対する**監護義務**〔民 820〕や夫婦相互の**扶助義務**〔民 752〕）、**契約**（**介護契約**など）、**事務管理**、**条理**を挙げていた。しかし、法令、契約、事務管理などから生じる義務の違反は**民事責任の発生根拠**とはなっても、それが直ちに、**刑罰という刑事責任の発生根拠**になるわけではない。判例もこれら形式的な根拠のみから**作為義務**を肯定することはない。○

作為義務の有無は、前記形式的な根拠に加えて、次のような事情の有無にも着目して実質的に当該不作為が**作為による実行行為と同価値**といえるかを判断しなければならない。具体的には、①行為者の**先行行為**により**結果発生**の原因を作出した事情（**先行行為・危険の創出**）や、②既に発生している**結果発生**の危険を引き受けた事情（**引受行為**）があれば**作為義務**の存在が強く肯定される方向に考えられる。また、上記①や②に加えて、③他に**結果の発生を防止**できる者が存在したか（**法益に対する排他的支配**）という観点から**作為義務**の存否を考えていく。○



- ・法的作為義務の存否を上記のように実質的に判断する見解の中でも、①先行行為（危険の創出）、②引受行為、③排他的支配のどれか1つでも認められれば法的作為義務を肯定するとの見解（実質的一元説）もあるが、判例が不真正不作為犯の実行行為性を肯定した事案は、③排他的支配が認められ、これに加えて、①先行行為、又は、②引受行為、あるいは①と②の双方が認められるものである。そこで、判例は、作為義務の発生根拠につき、③排他的支配を必要条件、①先行行為や②引受行為を十分条件とする二元説と整合すると分析されている。○

なお、判例は、これら実質的な根拠の検討の前に、法令、契約等の形式的な根拠にも触れることがあるため、論文試験の際は、形式的な根拠がある事例では、実質的根拠の検討の前に、軽く形式的な根拠に触れておくとよい。○

#### ・H22 司法論文（出題の趣旨・抜粋）

不作為による殺人罪又は保護責任者遺棄致死罪の成否を検討する場合には、作為義務ないし保証人的地位の発生根拠（基礎付け事情）に関する考え方を示すが必要となるところ、作為義務の発生根拠については、多角的に理解するのが一般であり、法令、契約及び条理のほか、先行行為、事実上の引受け、排他的支配領域性に求めるなどの様々な考え方があり、それらを踏まえて自らの見解を明らかにすることになる。

#### ・H22 司法論文刑事系第1問（出題の趣旨・抜粋）

甲〔病院の病室で夫Vを看病していた妻〕に対する作為義務の有無の検討においては、単に甲がVと夫婦関係にあり、民法上の扶助義務を負うことだけで足りるとするのではなく、甲が午後2時に乙〔看護師〕の巡回（容体確認）を妨害したことなど、具体的事情を丁寧に拾いつつ、その事情が作為義務の発生根拠との関係でどのような意味を持つのか明らかにする必要がある。また、VがA病院に入院中の患者であり、Vに対する看護義務は第一次的には乙ら病院側にあることを踏まえ、どのような事情があれば甲に作為義務が認められるかを論ずることが肝要である。

#### ・H26 司法論文刑事系第1問（出題の趣旨・抜粋）

授乳等をやめるという不作為に及んだ甲に殺人罪の実行行為性が認められるかを検討するに当たっては、作為義務、作為可能性といった不真正不作為犯の成立要件について見解を示し、その成立要件に事実関係を的確に当てはめる必要がある。その際、甲がAの母親であるという民法上の法律関係に限らず、甲がAを出産して以来、Aと同居してAを養育してきたこと、Aは月齢4か月の乳児であること、ミルクアレルギーがあるため母乳しか飲むことができなかったこと、甲は7月1日朝までは2時間ないし3時間おきにAに授乳し、Aは順調に成育していたこと等の具体的な事実関係にも着目することが求められる。

### (3) 作為の容易性・可能性

→法は不可能や困難を強いるものではないので、作為義務が存在しても、作為にできることが困難であったり、不可能であったりする場合における当該不作為については、不真正不作為犯の実行行為性は認められない。そこで、不真正不作為犯の実行行為性が認められるためには、結果発生防止のための作為にできることが容易かつ可能でなければならない。○

・したがって、具体的場面において、結果発生防止のための作為にできることが困難又は不可能といえる事情があれば、当該不作為の実行行為性は否定される。

#### ・H22 司法論文（出題の趣旨・抜粋）

甲に作為義務が認められるとしても、その作為義務の内容、作為可能性・容易性についても検討する必要がある。

### (4) 実行行為性のまとめ

→不作為であっても作為による実行行為と同価値性が認められるものは実行行為性が肯定される。そして、〔①〕法的作為義務の存在し、〔②〕作為の可能性・容易性が認められる場合に、その作為義務に違反するという不作為には、作為による実行行為との同価値性が認められ、不真正不作為犯の実行行為性が肯定される。

[論証例～不真正不作為犯の実行行為性] ● 注：あくまでも論証例の1つ

不作為であっても、作為の形式で規定する構成要件の実行行為と同程度に法益侵害を惹起する現実的危険性が認められれば、当該不作為は作為による実行行為と同価値なものとして実行行為性が肯定できると考える。ここでの同価値性は、①結果発生防止のための法的作為義務を負う者が、②作為にできることが可能かつ容易であるにもかかわらず作為義務を尽くさなかったといえるときに肯定されると考える。**そして、作為義務**の有無は、法令、契約、事務管理、条理のみから形式的に判断するのではなく、結果発生の原因となる先行行為をしたか（先行行為・危険の創出）、既に発生している危険の引受行為をしたか（引受行為）、法益に対する排他的支配を有していたか（排他的支配）などの事情から実質的に検討するものとする。

## (5) 不真正不作為犯の実行行為性に関する判例

### ア 作為義務を認めた判例の概略

- 判例は、不作為にてた者と被害者との間に親族関係や契約関係など被害者の生命身体を保護すべき行動にでることが強く期待される関係がある場合においては、その親族関係や契約関係に加えて、引受行為がある場合には作為義務を認める傾向にある。なお、これら判例の事案は排他的支配も肯定されうるものでもある。○

例えば、契約により預かった乳児に食事を与えず死亡させた事例（**大判大 4. 2. 10**）や、1歳8か月の子に2か月以上にわたって飲食物を十分に与えずに餓死させた事例（**大阪高判平 13. 6. 21**）などで作為義務を肯定している。

- 一方、不作為にてた者と被害者との間に親族関係や契約関係がない場合には、作為義務の発生根拠の1つとして、その関係の代わりに被害者の生命身体に対する危険を創出する先行行為を要求していると解されるものが多い。そして、作為義務が認められるには、この先行行為に加えて引受行為があるかも重要な判断要素とされている。なお、これら判例の事案は排他的支配も肯定されうるものでもある。○

例えば、売春させるために自宅に住まわせていた従業員に言うことを聞かせるために暴行して傷害を負わせて衰弱させて、生命維持には病院での治療が必要であるにもかかわらず、犯行の発覚をおそれて病院には連れて行かず、化膿止の薬や水分を与えるなどするのみで、当時、救命に必要とされる医師の治療を受けさせないまま、そのまま自宅で死亡させた事例（**東京地八王子支判昭 57.12.22**）や、脳内出血で意識障害があり生命を維持するには痰の除去や水分の点滴が必要な患者をその親族に病院からホテルの一室に連れ出させて、その後、このまま病院で治療を受けさせなければ被害者が死亡することを認識しながら治療を受けさせず被害者を死亡させた事例（**最決平 17.7.4・シャクティパット事件**）や、自動車ではねて重体に陥らせた被害者を、一度は救護するために助手席に乗せたものの、犯行の発覚をおそれ途中で翻意して、病院に連れて行かないままそのまま車内で死亡させた事例（**東京地判昭 40. 9. 30, 佐賀地判平 19.2.28**）などで作為義務を肯定している。

## イ シャクティパット事件

→特殊な能力により患者を治癒できると自称する被告人は、シャクティパットと称する治療方法により自ら治療を施すために、脳内出血で意識障害があり生命を維持するには痰の除去や水分の点滴が必要な入院中の患者を、患者の家族に連れ出させてその後放置して被害者を死亡させたとして殺人罪で起訴された事案の判例を紹介する。

この判例は、不真正不作為犯の実行行為性について、一般的な判断枠組みを示さずに、本件の事実関係から次のとおり、被告人に殺人罪の不真正不作為犯の**作為義務を肯定**した。この判例が被告人に上記内容の作為義務を肯定したポイントは次のとおりである。

①被告人が被害者の家族をして被害者をホテルに連れ出させた行為等について「被告人は、自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた」こと（ポイント1・結果発生の危険を創出した先行行為）、②「患者が運び込まれたホテルにおいて、被告人を信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当てを全面的にゆだねられた立場にあった」こと（ポイント2・引受行為）、③「その際、被告人は、患者の重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根拠はなかったということ（ポイント3・行為者の認識）から、被告人は、「直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務」（作為義務）を負っていたとして被告人に上記内容の作為義務を肯定した（**最決平 17.7.4・シャクティパット事件**）。○ H25-11

- ・平成17年最高裁決定は、上記のとおり被告人に作為義務を肯定した上で、被告人が「未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となる」とした。○
- ・平成17年最高裁決定は、同価値性判断につき**作為義務と作為の可能性・容易性という2つの要件を総合して判断する見解**に近い考え方を採用していると評価されている。判旨は、作為の可能性、容易性に明示的には触れていないが、本件において**作為の容易性、可能性が認められることを前提**としているものと分析されている。

・補足1～不作為による殺人罪の**実行の着手時期** ○

**第1審**は、被告人が被害者の親族を通じて被害者を病院から連れ出した作為とその後の放置行為などの不作為を合わせて、これら一連の作為・不作為に殺人罪の実行の着手を肯定した。

**第2審**は、被告人に殺意が認められるのは、被害者がホテルに搬入されて被害者の容態をAが認識した以降であるとして、ホテル内で生存に必要な措置をとらなかった不作為に殺人罪の実行行為性を肯定した。

**最高裁**は、ホテルへの連れ出し行為を先行行為と位置づけ、ホテル内で生存に必要な措置をとらなかった不作為に殺人罪の実行行為性を肯定している。

この点、殺人罪が成立するには、実行行為の時点で殺意が必要であるので、被告人に殺意がなかった病院の連れ出しの時点を含むその後の一連の行為に殺人罪の実行の着手を肯定した第1審の判決には理論上問題があるといえよう。

・H22 司法論文刑事系第1問 (出題の趣旨・抜粋)

殺意を認定する場合には、その**成立時期**についても留意する必要がある。なぜなら、**殺人罪が成立するには、殺意が肯定されることに加え、作為義務の発生時期、救命可能性が認められる時期(午後2時20分まで)**との関係も踏まえ、これらが**すべて満たされる必要**があるからである。

・補足2～殺人罪の不真正不作為犯の実行の着手時期の特定の方法 ○

殺人罪の構成要件に該当する行為(作為・不作為)は、客観的には人の死の結果を惹起する現実的危険性のある実行行為と、主観的には客観的な実行行為の時点で存在する殺意によって構成される。客観的に人の死の結果を惹起する現実的危険性のある行為(作為・不作為)をしても、その時点で殺意がなければ、その行為は殺人罪の構成要件には該当せず、殺人罪は成立しない。ただし、客観面で殺人の実行行為足りうる不作為がある中で、途中から殺意が生じたときは、殺意が生じた時点で、殺人罪の構成要件の主観面、客観面を満たし殺人罪の構成要件に該当することになる。ある行為(作為・不作為)が殺人罪の構成要件に該当するといえるためには、客観的な実行行為がなされた時点で主観的には殺意が認められることが必要であり、客観的な実行行為と主観的な殺意との一致が最初に見られる時点が殺人罪の実行の着手時期となる。

なお、殺意はないが保護義務がある者の不作為により人の死の結果が発生した場合は**保護責任者遺棄致死罪**が成立するにすぎない。

〔決旨〕

- 1 原判決の認定によれば、本件の**事実関係**は、以下のとおりである。
- (1) 被告人は、手の平で患者の患部をたたいてエネルギーを患者に通すことにより自己治癒力を高めるといふ「シャクティパット」と称する独自の治療（以下「シャクティ治療」という。）を施す特別の能力を持つなどとして信奉者を集めていた。
- (2) Aは、被告人の信奉者であったが、脳内出血で倒れて兵庫県内の病院に入院し、意識障害のため痰の除去や水分の点滴等を要する状態にあり、生命に危険はないものの、数週間の治療を要し、回復後も後遺症が見込まれた。Aの息子Bは、やはり被告人の信奉者であったが、後遺症を残さずに回復できることを期待して、Aに対するシャクティ治療を被告人に依頼した。
- (3) 被告人は、脳内出血等の重篤な患者につきシャクティ治療を施したことはなかったが、Bの依頼を受け、滞在中の千葉県内のホテルで同治療を行うとして、Aを退院させることはしばらく無理であるとする主治医の警告や、その許可を得てからAを被告人の下に運びようとするBら家族の意図を知りながら、「点滴治療は危険である。今日、明日が山場である。明日中にAを連れてくるように。」などとBらに指示して、なお点滴等の医療措置が必要な状態にあるAを入院中の病院から運び出させ、その生命に具体的な危険を生じさせた。
- (4) 被告人は、前記ホテルまで運び込まれたAに対するシャクティ治療をBらからゆだねられ、Aの容態を見て、そのままでは死亡する危険があることを認識したが、上記(3)の指示の誤りが露呈することを避ける必要などから、シャクティ治療をAに施すにとどまり、未必的な殺意をもって、痰の除去や水分の点滴等Aの生命維持のために必要な医療措置を受けさせないままAを約1日の間放置し、痰による気道閉塞に基づく窒息によりAを死亡させた。
- 2 **以上の事実関係によれば**、被告人は、自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた上、患者が運び込まれたホテルにおいて、被告人を信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当てを全面的にゆだねられた立場にあったものと認められる。その際、被告人は、患者の重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根拠はなかったのであるから、直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべきである。
- それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である。

\*ポイント ○

平成17年決定は「直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務」として、作為義務の内容を具体的に特定している。

## ウ ひき逃げと不真正不作為犯の実行行為性

→判例は、自動車の運転中に過失で被害者をはねて傷害を負わせて、そのまま救護せずに逃走して死亡させた事案では、過失運転致死罪（自動車運転致死傷法 5）や道路交通法違反（報告義務違反・救護義務違反）の罪の成立は認めても、殺人罪の不真正不作為犯や、保護責任者遺棄致死罪の成立を認めていない。これは、先行行為は認められても、引受行為や排他的支配が認められないからだと分析されている。

### 3 既発の危険を利用する意思の要否

→不真正不作為犯の実行行為性が認められるためには、故意とは別に、結果発生に向けて既に発生した危険を利用する意思（既発の危険を利用する意思）のような特殊な主観的要件が必要なのかが**問題**とされる。

かつては、大審院判例が、不真正不作為犯の事例で「その既発の危険を利用する意思をもって」という表現を用いていたことから、判例は、不真正不作為犯の成立には既発の危険を利用する意思が必要であるとの立場を採っていると分析されていた。しかし、**最高裁**は、不真正不作為犯の成立要件として、既発の危険を利用する意思は要求していないと解されている。△

すなわち、電力会社の集金担当の職員が残業しつつ、宿直していた職員と共に飲酒していたところ、暖をとるために用意した火鉢の火を消し忘れて仮眠していたところ、火鉢の火が机等に引火しているのに気がついたが、会社から処分されることをおそれて、営業所の建物に延焼することを認識しつつも、その場を立ち去り、建物を全焼させたという現住建造物等放火罪の不真正不作為犯の事例において、**弁護人は、既発の火力を利用する意思がなかった被告人には放火罪は成立しないと主張した。**

**しかし、最高裁**は、被告人が自己の過失行為により火鉢の火を机等に引火させたことや、残業職員であったことなどから、火が建物に燃え移らないようにするために消火する義務があったことを肯定した上で、既発の火力については、既発の火力によって建物が焼損することを認容〔構成要件的故意〕しつつ、必要かつ容易な消火措置をとらないという不作為により建物を焼損させたのであるから、放火罪が成立するとして、放火罪の故意（建物が焼損することに対する認識認容）とは別に既発の火力を利用する意思を必要とすることまでは判示しなかった。（最判昭 33.9.9）。

最高裁は、不作為による放火の実行行為性が肯定されるためには、放火罪の故意（建物が焼損することに対する認識認容）とは別に既発の火力を利用する意思までは必要としないと判示したものと解されている。

## 第3章 因果関係

### 1 因果関係の意義

→実行の着手が認められても、構成要件が定める一定の結果が発生しないと犯罪が完成しない結果犯においては、それが既遂犯となるためには、結果の発生に加えて、実行行為と結果発生との間に因果関係が認められることが必要である。結果が発生しても因果関係が認められなければ未遂犯にとどまる。因果関係は、例えば、殺人罪のように人の死という結果の発生が法文上要求されている結果犯において既遂犯が成立するための要件として機能している。○

- ・実行行為と結果との間の因果関係が認められるためには、因果関係に関するどの見解を採っても、その実行行為がなければその構成要件の結果結果が発生しなかった（「あれなければこれなし」）との条件関係（事実的因果関係）が認められることが必要である。●

### 2 条件関係の判断の際の注意点 ①・②

① 仮定的要素を付加して条件関係を判断してはいけない。●

- ・例えば、AがBを射殺した事例で、仮にAが射殺しなくても、Bに恨みをもつ第三者CがBを射殺したという仮定的事情を付加して、Aの行為がなくてもBが死亡したのであるから、あれなければこれなしとはいえないとして、Aの実行行為と結果との間の条件関係を判断してはならない。○

② 結果については、現に発生した結果を問題としなければならない。●

- ・例えば、Aが、放置していても数時間後に病死するVに対して、けん銃を発射してその場で失血死させた場合、条件関係の存否の判断の対象となる結果は、現に発生した失血死の結果となる。したがって、実際に発生していない数時間後の病死を条件関係の有無の判断の際の結果においてははいけない。これが許されるとすると、AがVを失血死させたにもかかわらず、Aの実行行為がなければ数時間後の病死なしとはいえなくなり条件関係が否定されて不合理な結論となるからである。○



### 3 因果関係の断絶（条件関係の切断）

→後掲の条件説，相当因果関係説，危険の現実化説など因果関係に関するどの見解を採ったとしても，実行行為があっても結果発生に向けての**因果の流れが始まる前に**，その**実行行為と全く無関係な別の行為**によって**結果が発生**した場合は，当該実行行為と結果発生との間の**条件関係が認められず**，因果関係が否定される。●

**例えば**，Aが毒殺目的でVに毒を飲ませたが，**毒が効き始める前に**，Vが，Aとは無関係なBに刺殺された場合，因果関係の断絶が認められ，Aの殺人の実行行為とVの死の結果発生との間には因果関係が認められない。○ H27-3

### 4 択一的競合（択一的因果関係）

→共犯関係にない者による**独立した複数の行為が競合して1つの結果を発生**させたが，**それらの行為のいずれもが単独で同じ結果を発生**させることができる場合のことを**択一的競合**（択一的因果関係）という。**例えば**，**AとBが意思の連絡なしに**，同時に**それぞれVを殺害する目的で拳銃を発射したところ**，**AとBが発射した弾丸がそれぞれVの頭部に命中して致命傷を与えてVを死亡させた場合**，**VはAの行為がなくても死亡したものといえるし**，逆に，**VはBの行為がなくても死亡したものといえる**。このような場合を**択一的競合**という。▲

択一的競合の場合，A及びBにそれぞれ殺人罪の単独犯の罪責を負わせられるかについては，形式的に解すると，A，Bそれぞれの行為について「**あれなければこれなし**」との条件関係がないことになるので，各人の実行行為と結果との間の因果関係が否定され，**A，Bそれぞれが殺人未遂罪の単独正犯の罪責を負う**にとどまることになる。**しかし**，このような場合に，誰も殺人既遂の罪責を負わないのは不合理であるとして，結果発生につながりうる**競合する複数の行為を全て取り除けば結果は発生しなかった**といえることから，**択一的競合の場合でも「あれなければこれなし」**との条件関係を肯定できるとする見解が通説的である（条件関係を修正する見解）。択一的競合の場合にこのように条件関係を修正する見解に立てば，A及びBにそれぞれ殺人既遂罪の成立が認められることになる。▲

**なお**，2つの行為により1つの行為があった場合と比べてVの死期が早まった場合は，**択一的競合の事例ではない**。この場合，**Vの早まった死は**，**A及びBの両方の行為がなければ発生しなかった**のであり，どちらか1つの行為がなければそのような結果は発生しなかったのであるから，条件関係を修正しないでも「**あれなければこれなし**」の条件関係が認められる。△

## 5 因果関係の判断基準

### (1) 意義

→実行行為と結果との間の**因果関係**が認められるためには、少なくとも「あればこれなし」との**条件関係（事実的因果関係）**が認められることが必要である。かつては、条件関係（事実的因果関係）があれば刑法上の因果関係を肯定するとの見解（**条件説**）もあった。しかし、この見解によると行為者に偶発的な結果を帰責することになり妥当ではないとして、現在は、行為者に結果を帰責させる範囲を適正なものとするために、刑法上の因果関係が認められるためには、条件関係（事実的因果関係）に加えて、法的因果関係が必要と解されている。○

・**法的因果関係**の有無をどのような基準で判断するかについては、**相当因果関係説**と**危険の現実化説**などの見解がある。かつて学説では相当因果関係説が通説的でこの説を採用したと解される最高裁判例（米兵ひき逃げ事件）もあったが、最近の最高裁判例は、危険の現実化説を採用していると解されている。**論文試験対策上は、危険の現実化説で答案を作成できるようにするのが最終目標であるが、危険の現実化説をしっかりと理解するには、相当因果関係説ではどこに不都合があり、危険の現実化説はその不都合をどのように解決しているのかを把握しておく必要がある。**

・H22 司法論文刑事系第1問（出題の趣旨・抜粋）

因果関係については、**相当因果関係説**、最近の判例の立場とされる**客観的帰属論的な考え方**など**見解は様々**あるところ、**自らのよって立つ考え方を明らかにした上、当てはめを行うこと**になる。

### (2) 相当因果関係説

→「あればこれなし」との**条件関係（事実的因果関係）**があることを前提に、その実行行為からその結果が発生することが社会通念上相当（一般人の経験則上相当）といえるかにより**法的因果関係を判断する見解を相当因果関係説**という。

・相当因果関係説の中でも、相当性の判断の基礎事情として、どこまでの事情を考慮すべきかにつき、主観説、客観説、折衷説とで見解が分かれている。相当因果関係説が通説的な地位を占めていたときは、その中でも折衷説が通説で、客観説も有力であった。

・折衷説 ○ H18-18 (見解問題)

刑法は一般人に向けられた行為規範であるから、行為時に、一般人が認識可能(予見可能)な事情を因果関係の判断の基礎事情にするのが原則である。また、刑法の因果関係は、偶発的な結果を除外し帰責の範囲を適正化するためのものなので、行為時に、行為者が特に認識(予見)していた事情を因果関係の判断基礎事情から除外する理由はない。そこで、行為時に、一般人が認識可能な事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎に、実行行為から結果が発生したといえることが社会通念上相当といえれば、刑法上の因果関係を認める見解を折衷説という。

例えば、甲がVを後ろから突き飛ばしたところ、Vは転倒して軽い頭部打撲の傷害を負った。Vは心臓に異常があり、心筋こうそくが起りやすい状態だったため、転倒により心筋こうそくが起って死亡したという**事例**で、Vは心臓に異常があり心筋こうそくが発生しやすい状態だったという事情が、行為時に、一般人は認識できず、甲も特に認識していなかった場合、その事情を**因果関係判断の基礎事情から除外**して甲の行為とVの心筋こうそくによる死の結果発生との間の因果関係を判断することになる。

そこで検討すると、甲がVを突き飛ばして転倒させて軽い頭部打撲の傷害を負わせた行為から、Vが心筋こうそくにより死亡することは社会通念上相当とはいえない。したがって、甲の行為とVの死の結果発生との間の因果関係は否定される。この場合は、甲は傷害致死罪の罪責を負わず、頭部打撲につき傷害罪の罪責を負うにとどまる。

・主観説 △

行為当時に、行為者が認識(予見)していた事情及び認識(予見)しえた事情を基礎に、実行行為から結果が発生したといえることが社会通念上相当といえれば、刑法上の因果関係を認める見解。

主観説に対しては、客観的な帰属の問題である因果関係を主観化しすぎとの批判が向けられている。

・客観説 △ H18-18 (見解問題)

行為時に、客観的に存在していた全ての事情(及び、一般人が予見可能な行為後の事情)を基礎に、実行行為から結果が発生したといえることが社会通念上相当といえれば、刑法上の因果関係を認める見解。

客観説に対しては、条件説と変わらない結論になるとの**批判**が向けられている。

### (3) 最高裁の相当因果関係説

→被告人は、時速約60kmで自動車を運転中に前方不注視等の過失によりVを自車に衝突させてそのまま逃走したところ、しばらくしてVが被告人の車両の屋根の上にいることに気付いた同乗者Aが、時速約10kmで走行中の被告人の自動車の屋根から、Vを逆さまに引きずりおろしてアスファルトで舗装された路面に転落させた。Vは、脳内出血等により死亡したが、死因となる傷害が、被告人の行為と同乗者Aの行為のいずれから発生したのかが不明であった。被告人は、業務上過失致死罪(現在は自動車運転死傷行為処罰法5条の過失運転致死罪)で起訴されたところ、訴訟では、被告人の行為とVの死の結果発生との間の因果関係の存否が争点となった。

**最高裁**は、「同乗者が進行中の自動車の屋根の上から被害者をさかさまに引きずり降ろし、アスファルト舗装道路上に転落させるというがごときことは、経験上、普通、予想しえられるところではなく、ことに、本件においては、被害者の死因となった頭部の傷害が最初の被告人の自動車との衝突の際に生じたものか、同乗者が被害者を自動車の屋根から引きずり降ろし路上に転落させた際に生じたものか確定しがたいというのであって、このような場合に被告人の前記過失行為から被害者の前記死の結果の発生することが、われわれの経験則上当然予想しえられるところであると**到底いえない**。」として、被告人がVを跳ね飛ばした行為と、Vが脳内出血で死亡したこととの因果関係を否定して、業務上過失致傷罪(現・過失運転致傷罪)の成立を認めた(**最決昭42.10.24・米兵ひき逃げ事件**)。○

- ・昭和42年最高裁決定は、最高裁レベルではじめて相当因果関係説を採用した判例と解されている。ただ、本決定は、「同乗者が進行中の自動車の屋根の上から被害者をさかさまに引きずり降ろし、アスファルト舗装道路上に転落させるというがごときことは、経験上、普通、予想しえられるところではなく」と判示していることから、**最高裁**は、被告人の行為と結果との間に介在事情がある事案において、実行行為の後に現実の因果経過〔証拠から認定できる現実の因果経過〕を経て当該結果が発生することが社会通念上相当(一般人の経験則上相当)といえるかを判断するという相当因果関係説を採用していると解されている。

なお、本決定は、学説の折衷説、客観説、主観説のどの立場に立つかまでは明示していないため、どのような介在事情であれば、現実の因果経過の中に取り込むことができるのかについては判示していない。

#### (4) 相当因果関係説の危機

→現実の因果経過〔証拠から認定できる現実の因果経過〕を経て当該結果が発生することが社会通念上**相当**（一般人の経験則上相当）といえるかを判断する最高裁の判断枠組みからすると、被告人の実行行為の後に異常な介在事情があり、その介在事情が結果発生に一応寄与するものの、被告人の当初の行為自体の寄与度と比べれば軽微なものにすぎず、被告人の行為自体が当該結果を発生させるだけの危険性が認められる事案（後掲の大阪南港事件の事案を参照）において、そのような異常な介在事情を経て当該結果が発生することが社会通念上**相当**（一般人の経験則上相当）といえずに因果関係が否定されることになるが、その結論は不当であると批判される。そこで、最高裁は、帰責の範囲を適正なものとするために、前記のような相当性の判断によるのではなく、いわゆる**危険の現実化**という新たな判断枠組みを用いて法的因果関係を判断するようになったと分析されている。

#### (5) 危険の現実化説

→判例は、因果関係の判断枠組みを一般論としては明示していないが、最近の判例は、実行行為と結果との間に条件関係（事実的因果関係）があることを前提に、客観的に存在する全ての事情を判断資料として、行為の危険性が結果へと現実化したかという基準により因果関係の有無を判断していると分析されている。この基準によると、因果経過が経験則上通常とはいえ異常な場合であっても、当初の行為に含まれる危険が結果に現実化したといえれば、因果関係が肯定される。○

〔論証例〕 危険の現実化（ショート版） ●

刑法上の因果関係は、偶発的な結果を排斥して帰責の範囲を適正なものとするために、単に「あれなければこれなし」との条件関係が認められるだけでは足りず、客観的に存在する全ての事情を判断資料として、行為に含まれる危険が現に発生した結果として現実化したといえるときに肯定されると考える。

注：介在事情がない事案ではこの論証例をそのまま使える。介在事情がある事案では、この論証例から、後掲の総合判断説か、大塚教授の見解につなげる。

#### ・ H26 司法論文刑事系第 1 問（採点実感・抜粋）

〔悪い答案の例として〕因果関係の有無を判断するに当たっては**危険の現実化**という要素を考慮するという見解を示しているものの、当てはめにおいて、危険と結果のいずれについても具体的に捉えていない答案

- ・ 実行行為と結果との間に**介在事情**があるある事例において危険の現実化をどのように判断するかについては、後掲の①から③の考慮要素を総合判断して危険の現実化を判断するとの**見解**（総合判断説）や、介在事情の結果への寄与度の大小に着目して直接的危険実現類型と間接型危険実現類型とに区別して危険の現実化を判断する**見解**（応用刑法 I・大塚裕史）などがある。○

- ・ **直接的危険実現類型** 大塚説を採用する受験生は「●」  
行為者が結果と直接結びつく物理的危険を設定し、現に生じた結果がそのような危険の直接的な実現として評価できる場合は、介在事情があつたとしても、その介在事情が結果に果たした寄与度が小さく、危険の現実化を妨げる事情にならないといえるため、実行行為に含まれる危険が現に発生した結果に**現実化**したといえる。

- ・ **間接型危険実現類型** 大塚説を採用する受験生は「●」  
結果と直接結びつく物理的な危険は介在事情から生じたが、実行行為と介在事情との間に一定の関連性が認められるために、実行行為の危険性が介在事情をを解して間接的に実現したと評価できる場合は、介在事情が結果発生に決定的な影響を及ぼしているが、その介在事情と実行行為が相まって結果を発生させたといえるため、実行行為に含まれる危険が現に発生した結果に**現実化**したといえる。

[論証例～ショート版] 総合判断説を採用する受験生は「●」

刑法上の因果関係は、偶発的な結果を排斥して帰責の範囲を適正なものとするために、単に「あれなければこれなし」との条件関係が認められるだけでは足りず、客観的に存在する全ての事情を判断資料として、行為に含まれる危険が現に発生した結果として現実化したといえるときに肯定されると考える。その判断の際は、①行為自体が現に発生した結果を生じさせるほどの危険性を有するものなのか（**行為の危険性の大小**）、②介在事情の異常性の大小（**異常性の大小**）、③介在事情が結果発生にどの程度寄与したのか（**介在事情の寄与度**）などの事情を考慮する。

- ・ 総合判断説の使い方 1 ○  
総合判断説からの具体的な事例の検討にあたっては、①行為自体の危険性が当該結果を発生させるほど大きいものであるときは行為と結果との間の因果関係が肯定される方向に強く作用する。逆に、①行為自体の危険性が小さく明らかに当該結果を発生させるような危険性がないものであるときは、行為と結果との間の因果関係が否定される方向に強く作用する。

・総合判断説の使い方2 ○

行為自体の危険性の程度の大小を上記のように明確に判断できない事例では例えば次のとおりに考えていくことができる。すなわち、①行為自体の危険性の程度が当該結果を発生させるほど危険なものではなく、反面、②介在事情の異常性が高く、③結果発生に介在事情が果たした寄与度が高い場合は、発生した結果は行為の危険が現実化したものとはいえない方向で評価される。

**もっとも**、行為自体の危険性が結果を発生させるほど高いものでなくても、結果発生につながった介在事情が行為者の行為から必然的に誘引されて生じたものであるときは、その介在事情と行為者の行為は密接に関連するため、介在事情の異常性が大きく、その介在事情が結果発生に果たした寄与度が高かったとしても、発生した結果は行為者の行為が現実化したものとして因果関係を肯定することができる。

- ・**例えば**、Aが、道路でたまたますれ違ったVと肩がぶつかり、その腹立たしさから、Vの顔面を1回殴り、加療約3週間を要する鼻骨骨折の傷害を負わせたところ、Vが現場から救急車で病院に運ばれる途中に、大気圏内に突入して落下してきた隕石が衝突したことで救急車が大破炎上してVが焼死したという【事例】でいえば、Vの顔面を1回殴り、加療約3週間を要する鼻骨骨折の傷害を負わせたAの行為がなければ、救急車の破損によりVが焼死することはなかったため、Aの行為とVの死の結果発生との間に条件関係は認められる。もっとも、Aの上記行為は救急車を破損させてVを焼死させるほどの危険性はないため、Aの行為自体の危険性はそれだけでVの当該死の結果を発生させるほど危険なものではない。また、Vを搬送中の救急車に隕石が衝突するという事情は、通常予想されることではなく、当初の暴行行為から誘引されたものとはいえず、介在事情の異常性が大きいため、この事情をAの行為とVの死の結果発生との間の因果関係を肯定する事情として強調することはできない。さらに、この介在事情は、Vを搬送中の救急車が破損してVが焼死するという結果発生に大きく影響しているといえるので、介在事情が結果発生に果たした寄与度は大きい。

**以上のとおり**、Aの行為自体の危険性はVを焼死させるほど危険なものでなく、介在事情の異常性が大きい上に、介在事情が結果発生に果たした寄与度が大きいことからすると、Vの焼死の結果発生はAの行為の危険が現実化したものとはいえない。したがって、Aの行為とVの死の結果発生との間の因果関係は認められない。

## 6 判例

### (1) 行為者や一般人が認識できない介在事情と因果関係

- ・被告人が、被害者の左目の部分を右足で蹴ったところ、被害者の左目の角膜に直径約0.5センチメートルの鮮血色の内出血が生じた。これにより通常は人が死に至ることはないが、被害者が脳梅毒に罹患して脳に高度の病変があったため、被告人の暴行により被害者の脳の組織が一定程度崩壊したことで被害者が死亡した。被告人は傷害致死罪で起訴されたところ、訴訟では被告人の暴行行為と被害者の死の結果発生との間に因果関係があるのかが争点となった。

**最高裁**は「被告人の行為が被害者の脳梅毒による脳の高度の病的変化という特殊の事情さえなかったならば致死の結果を生じなかったであろうと認められる場合で被告人が行為当時その特殊事情のあることを知らず、また予測もできなかったとしても、その行為がその特殊事情と相まって致死の結果を生ぜしめたときは、その行為と結果との間に因果関係を認めることができるのである」として、被告人の暴行行為と被害者の死の結果発生との間の因果関係を肯定した（**最判昭 25.3.31・脳梅毒事件**）。○ H27-3

- ・補足すると、最高裁は、因果関係の判断枠組みを示していないが、本件の事案では条件説からは因果関係を肯定することに問題はない。また、危険の現実化説からも、客観的に存在する全ての事情を判断資料として検討すると、行為に含まれる危険が現に発生した結果として現実化したといえるため因果関係を肯定することができる。



## (2) 第三者の行為が介在した事案

### ア 大阪南港事件

→被告人は、三重県内で被害者の頭部を洗面器等で多数回殴打して脳出血等により意識を失わせ（第1暴行）、その後、被害者を大阪南港の資材置き場に車で運びその場に放置したところ、何者かが意識を失っている被害者の頭部を角材で殴打して（第2暴行）、被害者を脳出血等で死亡させた事案で、被告人の第1行為と被害者の死の結果との間の因果関係の存否が争われた。

**最高裁**は、行為者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、行為者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、被告人の第1行為と被害者の死の結果発生との間の因果関係を肯定した（**最決平 2.11.20・大阪南港事件**）。○

\*最決平 2.11.20 大阪南港事件 不明の第三者の介入行為

[決旨]

被告人は、昭和56年1月15日午後8時ころから午後9時ころまでの間、自己の営む三重県阿山郡a町大字b町所在の飯場において、洗面器の底や皮バンドで本件被害者の頭部等を多数回殴打するなどの暴行を加えた結果、恐怖心による心理的圧迫等によって、被害者の血圧を上昇させ、内因性高血圧性橋脳出血を発生させて意識消失状態に陥らせた後、同人を大阪市c区d所在の建材会社の資材置場まで自動車で運搬し、右同日午後10時40分ころ、同所に放置して立ち去ったところ、被害者は、翌16日未明、内因性高血圧性橋脳出血により死亡するに至った。ところで、右の資材置場においてうつ伏せの状態で倒れていた被害者は、その生存中、何者かによって角材でその頭頂部を数回殴打されているが、その暴行は、既に発生していた内因性高血圧性橋脳出血を拡大させ、幾分か死期を早める影響を与えるものであった、というのである。

このように、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、本件において傷害致死罪の成立を認めた原判断は、正当である。

## ・大阪南港事件の補足

今日の判例は、因果関係判断につき行為者の行為の危険性の大きさを重視し、介在事情が結果発生に果たした役割を個別的に判断して因果関係の判定をしていると分析されている。本件最高裁決定は、頭部を多数回殴打して脳内出血等を起こさせたという甲の当初の行為が、被害者Aの脳内出血による死亡という具体的な死の結果に果たした重要性を考慮して甲の行為とAの死との間の因果関係を肯定したものと解されている。なお、仮に、Aの死因が内臓破裂など甲の暴行行為と関連性がないものであれば、被告人の行為と被害者の死の結果との間の因果関係が否定される可能性があることに注意したい。○

**総合判断説**から説明すると、本件では、②意識を失って倒れている被害者の頭部を被告人以外の何者かが角材で殴るということは通常は想定できることでなく、介在事情の異常性の程度は大きく、また、③その介在事情により被害者の死がいくぶん早められたことが認められる本件事実関係のもとでは、介在事情が結果発生に果たした寄与度は低いとはいえないものといえる。これら事情は、被告人の行為に含まれる危険が現に発生した結果として現実化したとはいえない方向に作用する。**一方**で、①被告人の当初の暴行により被害者の死因となる傷害が形成されたとの事実は、被告人の行為に含まれる危険が現に発生した結果として現実化したことを相当強く肯定する事情となる。そのため、前記介在事情があったことを理由に被告人の行為と結果発生との間の因果関係を否定することはできず、結局、被告人の行為に含まれる危険が現に発生した結果として現実化したものといえる。このように考えると、本件で因果関係を肯定した最高裁の判断は妥当といえよう。○

## ウ 自動車トランク内監禁追突事故死事件

→被告人は、被害者を自動車のトランク内に押し込んで監禁して道路に自動車を停車させていたところ、後方から前方不注意の別の自動車に追突され、トランク内の被害者を頸髄挫傷により死亡させたという事案で、**最高裁**は、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、被告人に逮捕監禁致死罪の成立を認めた（**最決平 18.3.27**）。○

\*最決平 18.3.27 自動車のトランク内への監禁と自動車の追突～第三者の甚だしい過失行為の介入

[決旨]

- 1 原判決及びその是認する第1審判決の認定によれば、本件の**事実関係**は、次のとおりである。
  - (1) 被告人は、2名と共謀の上、平成16年3月6日午前3時40分ころ、普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を押し込み、トランクカバーを開けて脱出不能にし同車を発進走行させた後、呼び出した知人らと合流するため、大阪府岸和田市内の路上で停車した。その停車した地点は、車道の幅員が約7.5mの片側1車線のほぼ直線の見通しのよい道路上であった。
  - (2) 上記車両が停車して数分後の同日午前3時50分ころ、後方から普通乗用自動車が走行してきたが、その運転者は前方不注意のために、停車中の上記車両に至近距離に至るまで気付かず、同車のほぼ真後ろから時速約60kmでその後部に追突した。これによって同車後部のトランクは、その中央部がへこみ、トランク内に押し込まれていた被害者は、第2・第3頸髄挫傷の傷害を負って、間もなく同傷害により死亡した。
- 2 以上の事実関係の下においては、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。したがって、本件において逮捕監禁致死罪の成立を認めた原判決は、正当である。

・平成18年決定の補足 ○

この判例も因果関係の判断枠組みを明示していない。因果関係の判断の際に、自動車の後部トランクは、人を入れるためのスペースではなく、後ろから他の自動車に衝突されたときに衝撃を和らげるためにつぶれやすいように作られているという経験則をふまえて、本件監禁行為と被害者の死の結果の発生との間の因果関係を判断するとよい。

**総合判断説**に立って本判例の因果関係を検討する。他の車に追突された際に衝撃を吸収して運転者や同乗者の生命身体を保護するためにつぶれやすい構造になっている自動車の後部のトランクに被害者を閉じ込めた状態で、昼間と比べて暗い深夜の路上に自動車を停車させる行為の危険性は、自動車の後ろから走行中の第三者の自動車に追突されてトランク内の被害者がトランクごとつぶされて頸髄挫傷などにより死亡させるほど**危険**なものといえる。さらに、第三者の前方不注意による追突という**介在事情**も、行為者が深夜の路上に自動車を停車させた行為に**誘引**されたものといえるため、結局、被害者の頸髄挫傷による死の結果発生は行為者の行為の**危険が現実化したもの**として、行為者の行為と被害者の死の結果発生との間の**因果関係を肯定**できる。

### (3) 被害者の行為が介在した事案

#### ア 高速道路侵入事故死事件

→被告人ら4名は、被害者に対して、公園やマンションの居室で、執拗な暴行をしていたところ、被害者が被告人らの隙を見て靴下履きのまま逃走する過程で高速道路に侵入して自動車に衝突されて死亡した事案で、**最高裁**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しつつも、被害者は、被告人らから長時間激しくかつ執拗な暴行を受け、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と考えられる本件事実関係のもとでは、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ず、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できるとして、被告人らの暴行行為と被害者の死の結果発生との間の因果関係を肯定した（最決平 15.7.16）。

- ・**なお**、本件の1審は、中央自動車道の諏訪インターチェンジ付近の本件現場は、本件高速道路の法面〔刈刈：切り出し又は盛土によって作った人工的な傾斜面〕は両側とも草木が茂るかなりの急斜面であり、これを登ることは容易ではないとみられることや、被害者は、高速道路の中央分離帯を越えて反対車線側に侵入しているが、中央分離帯はガードレールと遮光ネットで仕切られており、車両が通行中にそれらを乗り越えたり下をくぐったりすることは危険を伴うことや、本件現場の付近には高速道路の諏訪料金所、高速道路交通警察諏訪分駐隊、多数の人家、店舗が存在し、被害者は、高速道路に侵入しなくても助けを求めたり身を隠したりする場所があったとの事実関係があったことから、被告人らの暴行と被害者の死の結果との間の因果関係を否定している。

補足すると、1審は、本件の介在事情である被害者が高速道路に侵入するという被害者自身の行為の異常性と結果発生に果たした寄与度が非常に大きいと評価し、被告人の行為と被害者の行為との間の関連性を認めず、発生した結果を行為者に帰責できないと判断したものと分析できる。

〔決旨〕

- 1 原判決の認定によると、本件の**事実関係**は、次のとおりである。
  - (1) 被告人4名は、他の2名と共謀の上、被害者に対し、公園において、深夜約2時間10分にわたり、間断なく極めて激しい暴行を繰り返す、引き続き、マンション居室において、約45分間、断続的に同様の暴行を加えた。
  - (2) 被害者は、すきをみて、上記マンション居室から靴下履きのまま逃走したが、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、逃走を開始してから約10分後、被告人らによる追跡から逃れるため、上記マンションから約763mないし約810m離れた高速道路に進入し、疾走してきた自動車に衝突され、後続の自動車にれき過されて、死亡した。
- 2 以上の事実関係の下においては、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拗な暴行を受け、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した原判決は、正当として是認することができる。

・平成15年決定の補足 ○

判旨は、本件において因果関係の判断の枠組みを明示していない。総合判断説から本件を検討する。被害者がいくら被告人らから逃れるためとはいえ、歩行者が侵入できないような構造で、高速で自動車が走行する高速道路に侵入することは極めて異常なものといえる。被害者の死は、直接的にはこのような被害者の異常な行動に起因しているため、被告人らの行為に含まれる危険が現実化したとはいえない方向に評価される。もともと、本件具体的な事情の下で、被告人らの一連の執拗な暴行が、被害者に対して、恐怖感から前記のような異常な行動ともいえる逃走手段を選択させるほど危険なものであったと評価できるのであれば、結局は、被害者の異常な行動は被告人らの行為に誘引されたものにすぎず、被告人らの行為の危険性が、高速道路に侵入した被害者が走行中の自動車に轢かれて死亡するという結果の発生に現実化したといえるので、被告人らの暴行と被害者の死の結果の発生との間の因果関係が肯定できる。

## イ スキューバダイビング事件

→被告人は、スキューバダイビングの資格認定団体から認定を受けた潜水指導者として、潜水講習の受講生に対する潜水技術の指導業務に従事していた者であるが、昭和63年5月4日午後9時ころ、当時海中は夜間であることやそれまでの降雨のため視界が悪く、海上では風速4メートル前後の風が吹き続けていた状況の中で、スキューバダイビングの夜間潜水の講習指導中、夜間潜水の経験が浅い指導補助者や夜間潜水の経験がほとんどない受講生らの動向に注意することなく不用意に移動して受講生らのそばから離れ、同人らを見失ったところ、当時、波が強く海上を移動することが困難であったため水中移動をしていた受講生の1人が、水中移動中に空気を使い果たして恐慌状態に陥り、自ら適切な措置を採ることができないままに溺死した。被告人は業務上過失致死罪で起訴されたところ、被告人の行為と被害者の死の結果との間の因果関係の有無が争われた。

**最高裁は、被告人が、夜間潜水の講習指導中、受講生らの動向に注意することなく不用意に移動して受講生らのそばから離れ、同人らを見失うに至った行為は、それ自体が、被害者をして、海中で空気を使い果たし、ひいては適切な措置を講ずることもできないままに、でき死させる結果を引き起こしかねない危険性を持つものであるとし、被告人を見失った後の指導補助者及び被害者に適切を欠く行動があったことは否定できないけれども、それは被告人の右行為から誘発されたものであるとして、被告人の行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定して業務上過失致死罪の成立を肯定した（最決平4.12.17）。◇**

・判旨は、因果関係の判断枠組みを示していないが、判旨は、被告人の行為の危険性が結果へと現実化したか否かによって、被告人の行為と結果発生との間の因果関係の有無を判断したものと理解することは可能である。 H26-5

・平成4年決定の補足 ◇

総合判断説から本決定を簡単に検討してみる。夜間潜水の経験が浅い指導補助者や夜間潜水の経験がほとんどない受講生らが、被告人から適切な指示を受けられずに海中で空気を使い果たした上で恐怖状態（パニック）から適切な措置をとれなくなることは異常な介在事情とはいえない。そして、その介在事情により発生した受講生の溺死という結果は、被告人が不用意に移動して受講生らの側から離れた過失行為による危険がまさに現実化したものといえる。したがって、被告人の過失行為と被害者の死の結果との間の因果関係が認められる。

サンプルテキスト 以上

\*矢島純一講師の担当の講座案内

① 効率の良い**インプット**対策をしたい受験生向けの講座

→**矢島の速修インプット講座** (平成29年5月から通信クラスで配信開始)

～ロースクール入試, 予備試験, 司法試験の全ての試験対応

② 効率の良い**論文対策**をしたい受験生向けの講座

→**矢島の論文完成講座** (平成29年9月下旬, 通学クラス, 通信クラスを開講予定)

～ロースクール入試, 予備試験, 司法試験の全ての試験対応

③ その他の講座

→**矢島のスピードチェック講座** (平成30年1月以降に新規更新)

→**矢島の最新過去問&ヤマ当て講座**

→選択科目総整理講座 **矢島の労働法**

\*講座の詳細を知りたい方は, LEC各本校にお問い合わせください。LECのホームページや司法試験の学習経験者用のパンフレットにも掲載されております。



## 刑法 I サンプルテキスト 目次

*巻頭付録 論文試験で故意犯が成立するまでに検討の対象となりやすい事項 ○	3
第1編 刑法総論 構成要件・違法性・責任	7
第1章 実行行為	7
1 行為論	7
2 実行行為の意義	7
3 早すぎた構成要件の実現	8
第2章 不真正不作為犯	13
1 不作為犯の意義	13
2 不真正不作為犯の実行行為性	14
3 既発の危険を利用する意思の要否	21
第3章 因果関係	22
1 因果関係の意義	22
2 条件関係の判断の際の注意点 (①・②)	22
3 因果関係の断絶 (条件関係の切断)	23
4 択一的競合 (択一的因果関係)	23
5 因果関係の判断基準	24
6 判例	30
サンプルテキストにつき以下略	

[調整余白]

## \*憲法 卷末付録1 ～ 基本となる違憲審査の判断枠組みのまとめ

### 第1 文面審査

立法事実に着目せずに文面だけをみて文面無効とする審査方法を文面審査という。

#### 1 検閲

→規制立法が検閲に当たるときは文面無効となる。判例は、「憲法21条2項前段は、  
『検閲は、これをしてはならない。』と規定する。憲法が、表現の自由につき、広く  
これを保障する旨の一般的規定を同条1項に置きながら、別に検閲の禁止についてか  
ような特別の規定を設けたのは、検閲がその性質上表現の自由に対する最も厳しい制  
約となるものであることにかんがみ、これについては、公共の福祉を理由とする例外  
の許容をも認めない趣旨を明らかにしたものと解すべきである。そして、右の解釈を  
前提として考究すると、憲法21条2項にいう「検閲」とは、行政権が主体となって、  
思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象  
とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不適  
当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものを指す」と判示  
した（最大判昭59.12.12・税関検査事件）。●

#### 2 明確性の原則（漠然不明確ゆえに無効）

→表現行為に対する規制立法が漠然不明確だと表現の自由に対する過度の萎縮効果を  
もたらすところ、表現の自由の重要性に鑑みて、表現の自由に対する明確性のない規  
制立法は文面上、憲法21条1項に違反して無効になる。規制立法が明確といえるか  
は、通常的判断能力を有する一般人の理解において具体的場合に当該行為がその適用を受  
けるものかどうかの判断ができる基準が読みとれるかによって決する。●

注：この原則は、罪刑法定主義の派生原理として刑罰法規に用いられるものであつ  
たが、表現の自由の重要性から、これに対する規制立法の審査にも用いている。

#### 3 過度に広範ゆえに無効

→表現行為に対する規制立法に明確性が認められるときでも、規制の範囲が過度に広範  
である場合は、それが漠然不明確な場合と同様に表現の自由に対する萎縮効果を生じ  
させることから文面上無効になると解されている。●

## 第2 内容審査

文面審査と異なり、立法事実に照らして規制立法の合憲性を審査することを**内容審査**という。内容審査に用いる審査基準は、二重の基準論や、問題となる**権利の性質・内容、規制の目的、権利制約の態様・程度**などを考慮して具体的に設定する。○

### 1 比較衡量の基準

→ある人権を制約することでもたらされる利益と、それを制約しない場合に維持される利益とを比較して、その制約によりもたらされる利益の価値の方が高いと判断される場合は、その人権制約を合憲と判断できる。●

・**比較の基準**は、何と何を、どのように比較衡量するのかが分かるような明確なものではない。○

### 2 目的手段審査の典型的な審査基準（平等原則違反の判断基準にも利用可能）

#### ① 厳格審査基準 ●

(1)立法目的（規制目的）が**必要不可欠**な利益（やむにやまれぬ利益）を確保するためのものといえるか、(2)目的達成手段として是非とも**必要最小限度**のものといえるかを厳格に審査する。

#### ② 実質的関連性の基準（中間審査基準） ●

(1)立法目的（規制目的）が**重要**なものといえるか、(2)目的と手段との間に実質的関連性があるかを具体的に審査する。実質的関連性の有無は、目的達成手段としての実効性、相当性が**実質的に認められるか**により判断される。

#### ③ 合理的関連性の基準 ●

(1)立法目的（規制目的）が**正当**なものといえるか、(2)目的と手段との間に合理的関連性があるかどうかを審査する。

#### ・H20司法論文 採点実感等 ○

審査基準の内容を正確に理解することが、必要不可欠である。中間審査基準における目的審査で「正当な目的」とするのは誤りである。中間審査基準では、「重要な目的」であることが求められる。合理性の基準で求められる「正当な目的」の意味・内容を正確に理解してほしい。

### 3 表現の自由をはじめとする精神的自由の規制立法の審査基準

#### (1) 明白かつ現在の危険の基準

→表現行為の内容規制の合憲審査基準として「**明白かつ現在の危険**」の基準というものがあ。これは、①当該表現行為が、近い将来、ある**実質的害悪**をひき起こす蓋然性が明白であり、②その**実質的害悪**がきわめて**重大**であり、その重大な害悪の発生が**時間的に切迫**しており、③当該規制手段がその害悪を避けるために**必要不可欠**であることの3つの要件の論証がされてはじめて当該規制が合憲となるとする基準である。●

・「明白かつ現在の危険」の基準は、アメリカの判例法理で違法行為を煽動することを内容とする表現行為（危険表現）の規制に対する審査基準として用いられてきた。これは表現行為の危険性を審査するための危険審査基準といわれることもある。この基準を日本に取り入れるとしても、害悪の重大性や切迫性の程度などの要件判断が難しいため、違法行為を煽る煽動的表現など危険表現を処罰する法令の合憲審査に限り用いるべきとの指摘がされている。○

#### (2) LRAの基準

→表現内容ではなく、表現の時、所、方法に対する規制（**内容中立規制**）である場合は、表現の内容規制に対する基準よりも厳格度をいくぶん緩和し、規制目的が正当（十分に重要）であり、同じ目的を達成するための、より制限的でない他の選ぶう手段がないといえない限り違憲と判断する（**LRAの基準・より制限的でない他の選ぶう手段の基準**）。●

#### 4 経済の自由の規制立法の審査基準

- ・規制目的二分論の修正 ●

憲法22条1項が保障する職業選択の自由は、政策的観点から精神的自由と比べて、より強度の制約を受けることを憲法が予定しているため、精神的自由の制約に対する厳格な基準と比べて緩やかな基準で審査される。また、職業に対する規制は社会政策上様々な目的でされることを踏まえ審査基準を設定する必要がある。具体的には、経済的弱者の保護や経済の調和のとれた発展のための積極目的規制については、裁判所は立法裁量を特に尊重し、規制の目的が正当で、目的と手段との間に合理的関連性があれば合憲となる。人の生命、健康の安全に対する危険の防止のための消極目的規制については、立法裁量は尊重されるものの積極目的規制のときほどの尊重は必要ないので、規制の目的が重要で、目的と手段との間に実質的関連性があれば合憲となる。また、積極、消極の両目的を併有する規制や、積極消極いずれの目的にも割り切れない規制のときは、権利の内容性質や、規制態様の程度も考慮して具体的に審査することとし、新規参入規制のように規制態様が強度なものについては、目的が重要で、目的と手段との間に実質的関連性があれば合憲となる。

- ・規制の目的の違いに着目した場合の審査基準の基本形は以下のものとなる。○

- ・**明白の原則**（審査密度は合理的関連性の基準に対応）●

経済的弱者の保護など経済の調和のとれた発展を図るための積極目的規制であるときは、立法府の政策判断を特に尊重し、当該規制措置が著しく不合理であることが**明白**である場合に限り違憲とする（**明白の原則**）。

注：これと審査密度が同等な合理的関連性の基準を用いてもよい。

- ・**厳格な合理性の基準**（審査密度は実質的関連性の基準に対応）●

人の生命、健康に対する危険を防止するための消極目的規制であるときは、積極目的規制と比べて政策判断が必要なく、裁判所の判断になじむ。そこで、裁判所は、厳格に規制立法の合理性を審査すべきである。具体的には、裁判所は、**規制の必要性・合理性**、同じ目的を達成できる、より緩やかな規制手段の有無を、立法事実（立法の必要性と合理性を支える社会的事実）に基づいて規制立法の合理性を審査する（薬事法判決型の厳格な合理性の基準）。

注：これと審査密度が同等な実質的関連性の基準を用いてもよい。

## 5 生存権の制約に対する審査基準

→生存権を、生存に必要な最低限度に関わる部分とより快適に生活するための部分とに区別し、前者に対しては厳格な合理性の基準（又はLRAの基準）などの基準で審査し、後者に対しては明白の原則の基準で違憲審査するべきとする見解がある。●

・最高裁は上記のような区別をせずに、生存権に関しては立法裁量を広く認め、明白の原則に近いとても緩やかな基準で違憲審査している（堀木訴訟最高裁判決参照）。○

・最高裁は、**憲法25条**について、「健康で文化的な最低限度の生活」なるものは、きわめて抽象的・相対的な概念であって、その具体的内容は、その時々における文化の発達の程度、経済的・社会的条件、一般的な国民生活の状況等との相関関係において判断決定されるべきものであるとともに、右規定を現実の立法として具体化するに当たっては、国の財政事情を無視することができず、また、多方面にわたる複雑多様な、しかも高度の専門技術的な考察とそれに基づいた政策的判断を必要とするものである。したがって、憲法25条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄であるとして、明白の原則ともいえる極めて緩やかな判断枠組みを定立した（最大判昭57.7.7・堀木訴訟）。○

### 第3 政教分離原則の違反の判断枠組み

#### ・目的効果基準 ●

**政教分離原則**は、これを制度として保障することで個人の信教の自由を間接的に保障するための制度的保障であり、国家が宗教的に中立であることを要求するものではあるが、国家が宗教とのかかわり合いをもつことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらず行為の目的及び効果にかんがみ、そのかかわり合いが国の社会的・文化的諸条件に照らし、相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするものと解すべきである。そこで、憲法20条3項にいう宗教的活動とは、そのかかわり合いが右にいう相当とされる限度を超えるものに限られるというべきであって、当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいうものと解すべきである。ある行為が右にいう宗教的活動に該当するかどうかを検討するにあたっては、当該行為の主宰者が宗教家であるかどうか、その順序作法が宗教の定める方式に則ったものであるかどうかなど、当該行為の外形的側面のみにとられることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない（津地鎮祭事件判決など）

注：上記は20条3項の宗教的活動の該当性だけでなく、20条1項後段の特権付与の禁止や、80条前段の宗教団体に対する公金支出の禁止の該当性の判断にも用いることができる。

#### ・諸般の事情の総合的判断 ●

国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されている状態が、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えて憲法89条に違反するか否かを判断するにあたっては、当該宗教的施設の性格、当該土地が当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯、当該無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきものと解するのが相当である（平成22年空知太神社事件違憲判決）。









**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2017 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU17452