

予備試験

令和3年予備試験 論文式試験分析会
刑法 講師レジュメ
【反町 義昭 LEC専任講師】

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 216423

LU21642

<分析例>

甲の罪責

第1 Yに対する窃盗罪（235条）の成否

1 「他人の財物」（保護法益及び財物性） 参考判例1・2・3

本罪は、人の財物に対する事実上の所持を保護しようとする規定であって、その所持者が法律上正当にこれを所持する権限を有するかどうかを問わず物の所持という事実上の状態それ自体が独立の法益として保護され、みだりに不正の手段によって侵害することを許さないとする法意である。したがって、本条にいう「他人の財物」とは、他人の占有に属する財物をいう（242条参照）。

本件段ボール箱は甲がYに預け渡し、これを受けてYが自宅で保管していたものであるが、甲がY宅から持ち出した時点においては、本件段ボール箱がYの事実上の支配内にあったことが明らかであるから、かりに甲にその所有権があったとしても、本条にいう他人の占有に属する物に当たる。

なお、本件段ボール箱に在中している本件帳簿は甲の脱税の証拠であるが、上述した本罪の法意からすれば、たとえ法令上その所持を禁ぜられている場合でも、社会の法的秩序を維持する必要からして、物の所持という事実上の状態それ自体を独立の法益として保護する趣意であると解されることから、その財物性は否定されない。

以上より、本件段ボール箱は「他人の財物」に当たる。

2 「窃取」

甲が本件段ボール箱をY宅から持ち出した行為（以下、「本件持ち出し行為」という。）は、Yの意思に反してその占有を侵害するものであるから、「窃取」に当たる。

3 故意及び不法領得意思

甲は、上記各事実の認識、認容に欠けることなく、また、得意先との取引に本件帳簿が必要であったこともあり、これを取り返そうと考え、本件持ち出し行為に及んでいることから不法領得の意思も認められる。

4 違法性（自救行為等）

甲は、本件段ボール箱を回収したい旨を告げた際、Yから、「あの帳簿を税務署に持っていったら困るんじゃないのか。返してほしいければ100万円を持ってこい。」と言われたことから、本件持ち出し行為に及んでいるところ、かかるYの行為は甲に対する恐喝罪に当たり得るものであるが、脱税という自己の違法行為の発覚を免れる目的で甲が任意に預け渡した物の返還について、法律上の手続によらず自ら実力行使に出た行為は、社会通念上受託者に受忍を求める限度を超えた違法なものというほかはない。したがって、自救行為ないし正当な権利行使（35条）として違法性が阻却される余地はない。

5 結論

以上より、本罪が成立する。

第2 建造物等以外放火罪（110条2項）の成否

1 客体

甲が火をつけて焼却し廃棄しようとして意図した客体である本件帳簿は、108条及び109条に規定する建造物等「以外の物」（110条1項）に当たり、かつ、甲の所有に属する物であるから、「自己の所有に係るとき」（同条2項）に当たる。

2 「放火」

甲が本件帳簿にライターで火をつけた行為は、「放火」に当たる（以下、「本件放火行為」という。）。

3 「焼損」

本件放火行為の直後、火のついた多数の紙片が炎と風にあおられて舞い上がっており、本件帳簿が炎上して独立して燃焼する状態に達したことから、「焼損」に当たる。

4 「公共の危険」の発生 参考判例4

放火罪は、不特定又は多数人の生命、身体及び財産を保護法益とする公共危険罪であるところ、110条1項にいう「公共の危険」は、必ずしも同法108条及び109条1項に規定する建造物等に対する延焼の危険のみに限られるものではなく、不特定又は多数の

人の生命，身体又は上記の建造物等以外の財産に対する危険も含まれると解する。

上記放火現場である防波堤には，油が付着した漁網が山積みになっていたところ，火がついて舞い上がった紙片が接触したことにより同漁網が燃え上がっており，現に建造物等以外の財産に対する延焼の結果が発生したことに加え，同防波堤は，釣り人に人気の場所であり，普段から釣り人が立ち入ることがあったところ，たまたま近くで夜釣りをしていた5名の釣り人が発生した煙に包まれた上，その1人が同防波堤に駐車していた原動機付自転車に延焼するおそれも生じたことからすれば，不特定又は多数の人の生命，身体又は建造物等以外の財産に対する危険が発生したと認められる。

5 故意（「公共の危険」の認識） 参考判例5

本条の放火罪が成立するためには，火を放って同条所定の物を焼損する認識のあることが必要であるが，同条1項が「よって」との文言を用いて結果的加重犯として本罪を規定していることに鑑み，同条2項についても焼損の結果公共の危険を発生させることまでを認識する必要はないものと解すべきである。

甲は，現場の防波堤に普段から釣り人が立ち入ることがあったことを知らず，本件放火行為の時点においても，周囲が暗かったため，上記漁網，上記原動機付自転車及び上記釣り人5名の存在をいずれも認識していなかったものであるが，上述のとおり，本罪の故意が認められるためには，「公共の危険」を発生させることまでを認識する必要はないことから，本件帳簿を焼損する認識に欠けるところがない以上，本罪の故意は否定されない。

6 結論

以上より，本罪が成立する。

なお，上述のおとり，本件放火行為の結果，魚網に対して現に延焼結果が発生したものであるが，同魚網は無主物であることから，110条1項「に規定する物」（111条2項）に当たらず，延焼罪は成立しない。

第3 Xに対する殺人罪の乙への従犯（62条1項、199条）の成否

上記乙による殺人の実行行為（以下、「乙の実行行為」という。）を目撃した甲は、乙を制止せずとその場から立ち去っているところ、甲は、自己の責めに帰すべき事由によりXの生命に具体的な危険を生じさせたものではなく、直ちにXの救命治療を要請してX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とは認められない。したがって、不作為による殺人罪等の単独正犯は成立しない。**参考判例6**

他方、乙は、実行行為の際、甲が帰宅したことに気付いておらず、乙と甲がXの殺害について黙示的にも意思連絡を遂げたものとは認められない。したがって、殺人罪等の乙との共同正犯（60条）も成立しない。**参考判例7**

そこで、以下、乙に成立する殺人罪への不作為による従犯の成否について検討する。

1 正犯（従属性）

後述のとおり、乙にXに対する殺人罪が成立する。

2 不作為による幫助 **参考判例8**

不作為による従犯は、正犯者の犯罪を防止しなければならない作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能かつ容易であるのに、そのことを認識しながら、当該一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の実行を容易にした場合に成立し、以上が作為による従犯の場合と同視できることが必要と解される。

(1) 作為義務

甲はXの実子としてXの扶養義務（民法877条1項参照）を負うことに加え、入院していたXを退院させ、自宅で数か月間、その介護を行っていたところ、乙がXの殺害に及ぼうとした際、室内には乙とXの他には甲しかおらず、Xが乙から殺害されることを阻止し得る者は甲以外存在しなかった。

他方、Xは寝たきり状態であり自力で移動できず回復の見込みもないことから、Xの生命の安全の確保は甲のみに依存していた状態にあり、かつ、甲は、Xの生命の安全が害される危険な状況を認識していたというべきである。

したがって、甲には、乙の実行行為を目撃した時点で、乙に声を掛けたり、乙の両手をXの首から引き離そうとしたりする等して、それ以上乙がXの首を絞め続けて実行行為を継続することを阻止しなければならない作為義務があった。

(2) 作為の可能性・容易性

甲が乙に声を掛けたり、乙の両手をXの首から引き離そうとしたりする措置（以下、「一定の防止措置」という。）を講じることによって乙が実行行為を継続することを阻止することが可能であったといえ、また、上記一定の防止措置は甲にとって容易に採り得る措置であったと認められる。

(3) 不作為による幫助の因果性 参考判例9

ア 「幫助」（62条1項）とは、正犯の実行行為を容易にする行為をすべて包含するものであり、正犯者の実行行為を通じて結果に寄与するものであれば足りる。したがって、不作為による幫助の場合、一定の措置を講じた場合には正犯による実行行為が困難化した関係、すなわち、正犯による実行行為が阻止される一定程度の蓋然性があれば、不作為によって結果発生を促進し、容易にしたものと認められることから、かかる幫助の因果性として「正犯による実行行為を確実に阻止し得た」という関係までは不要である。

イ 甲が上記一定の防止措置を講じた場合には、乙の犯行を直ちに止めることができた可能性が高かったことからすれば、甲の不作為の結果、上記一定の防止措置があった場合に比べて、乙の実行行為が容易になったことは疑いない。したがって、甲は、上記一定の防止措置を講じなかった不作為によって乙の実行行為を容易にしたものと認められる。

(4) 以上より、甲が上記一定の防止措置をしなかった不作為は作為による従犯の場合と同視できるものと認められ、「幫助」に当たる。

なお、乙は、上記甲の幫助行為を認識していないが、上述のとおり、幫助とは正犯の実行行為を容易にする行為をいうところ、正犯の実行行為を促進し、容易にするこ

とは正犯者が幫助行為を認識しなくとも客観的に可能であるから、幫助犯の成立に正犯者との相互的な意思連絡の存在は不要である（片面的幫助）。**参考判例 10**

3 故意 **参考判例 11・12**

もっとも、甲は、X が乙に自己の殺害を頼み、乙がこれに応じてXを殺害することにしたのだと誤信し、X が望んでいるのであれば、そのまま死なせてやろうと考えて、上記幫助行為に及んでいることから、囑託殺人罪（202 条後段）の幫助の認識で客観的には殺人罪の幫助に当たる事実を実現したものである（抽象的事実の錯誤）。

(1) 犯罪の故意があるとするには、罪となるべき事実の認識を必要とするものであるが、行為者が認識した罪となるべき事実と現実に発生した事実とが必ずしも具体的に一致することを要するものではなく、両者が法定の範囲内において一致することをもって足りるものと解すべきであるところ（法定的符合説）、異なる構成要件にわたる錯誤がある場合、保護法益及び行為態様の観点から両者につき構成要件的に重なり合いが認められる範囲において、軽い罪について故意犯の成立を認めることができる（38 条 2 項参照）。

(2) 殺人罪の幫助と囑託殺人罪の幫助とは、被害者の殺害を幫助する行為である点で客観的な行為態様は共通しており、また、両罪の保護法益は共に人の生命である。したがって、両罪の構成要件に重なり合いが認められる範囲において、軽い囑託殺人罪の幫助について故意犯の成立を認めることができる。

4 結論

以上より、乙の X に対する殺人罪について、甲には囑託殺人罪の幫助の限度で乙への従犯（62 条 1 項、202 条後段）が成立する。**参考判例 13**

第 4 罪数

以上より、甲には、①Y に対する窃盗罪（235 条）、②建造物等以外放火罪（110 条 2 項）、③囑託殺人罪の乙への従犯（62 条 1 項、202 条後段）が成立し、以上の各罪は併合罪（45 条前段）となる。

乙の罪責

乙が、殺意をもって、両手で X の首を絞め続け、よって X を窒息死させた行為につき、X に対する殺人罪（199 条）が成立する。

なお、X は乙に対してしばしば「死にたい。もう殺してくれ。」と言っていたものの、乙の実行行為中に乙に「あれはうそだ。やめてくれ。」と言っており、乙も X が本心では死を望んでいないことを認識した上で殺害に及んだものであるから、嘱託殺人罪は成立しない。

以 上

<参考判例>

1 【最判昭 34.8.28 (奪取罪の保護法益)】

「原判決が、刑法二四六条一項の詐欺罪の規定は、必ずしも財産的損害を生ぜしめたことを問題とせず、むしろ、個々の財物に対する事実上の所持それ自体を保護の対象としているものと解すべきであるとし、本件において法令上公傷年金の受給権を担保に供することが禁止されている結果、被告人が V から金員を借受けるに際し、自己の所有にかかる国鉄公傷年金証書を担保として同人に差入れたことが無効であるとしても、同人の右証書の所持そのものは保護されなければならないのであるから、欺罔手段を用いて右証書を交付させた被告人の判示所為が刑法二四二条にいわゆる「他人ノ財物ト看做」された自己の財物を騙取した詐欺罪に該当するものとしたことは相当であつて、右は、当裁判所判例(昭和二三年(れ)第九六七号同二四年二月一五日第二小法廷判決、集三巻二号一七五頁、昭和二四年(れ)第二八九〇号同二五年四月一日第三小法廷判決、集四巻四号五二八頁)が、刑法における財物取得罪の規定をもつて、人の財物に対する事実上の所持を保護しようとするものであつて、その所持者が法律上正当にこれを所持する権限を有するかどうかを問わず物の所持という事実上の状態それ自体が独立の法益として保護され、みだりに不正の手段によつて侵害することを許さないとする法意であると判示した趣旨にもそうものである。この点において、刑法二四二条、二五一条の規定をもつて、正権限により他人の占有する自己の財物の場合に限り適用されるべきものとした大審院判例(大正七年九月二五日刑録二四輯一二一九頁)は、変更を免れない。」

2 【最決平元.7.7 (所有者による引き揚げ行為)】

「所論は、被告人は、相手方との間に買戻約款付自動車売買契約を締結し、相手方が買戻権を喪失した後、権利の行使として自動車を引き揚げたものであるから、窃盗罪の責めを負わないと主張するので、この点について判断する。…(中略)…

以上の事実を照らすと、被告人が自動車を引き揚げた時点においては、自動車は借主の事実上の支配内にあつたことが明らかであるから、かりに被告人にその所有権があつたとしても、被告人の引揚げ行為は、刑法二四二条にいう他人の占有に属する物を窃取したもとして窃盗罪を構成するというべきであり、かつ、その行為は、社会通念上借主に受忍を求める限度を超えた違法なものというほかはない。したがつて、これと同旨の原判決の判断は正当である。」

3 【最判昭 24.2.15 (禁制品・法禁物の財物性)】

「原判決の認定した本件被害物件は、元軍用アルコールであつて、かりにこれはいわゆる隠匿物資であるために、私人の所持を禁ぜられているものであるとしても、それがために所論のごとく詐欺罪の目的となり得ないものではない。刑法における財物取罪の規定は人の財物に対する事実上の所持を保護せんとするものであつて、これを所持するものが、法律上正当にこれを所持する権限を有するかどうかを問はず、たとひ刑法上その所持を禁ぜられている場合でも現実にこれを所持している事実がある以上社会の法的秩序を維持する必要からして、物の所持という事実上の状態それ自体が独立の法益として保護せられみだりに不正の手段によつて、これを侵すことを許さぬとする趣意である。」

4 【最決平 15.4.14 (「公共の危険」の意義)】

「同法110条1項にいう「公共の危険」は、必ずしも同法108条及び109条1項に規定する建造物等に対する延焼の危険のみに限られるものではなく、不特定又は多数の人の生命、身体又は前記建造物等以外の財産に対する危険も含まれると解するのが相当である。そして、市街地の駐車場において、被害車両からの出火により、第1、第2車両に延焼の危険が及んだ等の本件事実関係の下では、同法110条1項にいう「公共の危険」の発生を肯定することができるというべきである。本件について同項の建造物等以外放火罪の成立を認めた原判決の判断は、正当である。」

5 【最判昭 60.3.28 (「公共の危険」の認識)】

「刑法一一〇条一項の放火罪が成立するためには、火を放つて同条所定の物を焼燬する認識のあることが必要であるが、焼燬の結果公共の危険を発生させることまでを認識する必要はないものと解すべきである

から、これと同旨の見解に立ち、被告人に本件放火罪の共謀共同正犯の成立を認めた原判断は、記録に徴し正当として是認することができる。」

6【最決平 17.7.4（不作為による殺人）】（シャクティ事件）

「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」

7【最決平 15.5.1（黙示の現場共謀）】（スワット事件）

「本件では、前記1（5）の捜索による差押えや投棄の直前の時点におけるスワットらのけん銃5丁とこれに適合する実包等の所持について、被告人に共謀共同正犯が成立するかどうかが問題となるころ、被告人は、スワットらに対してけん銃等を携行して警護するように直接指示を下さなくても、スワットらが自発的に被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していたことは、前記1（6）で述べたとおりである。なお、弁護人らが主張するように、被告人が幹部組員に対してけん銃を持つなという指示をしていた事実が仮にあったとしても、前記認定事実を徴すれば、それは自らがけん銃等の不法所持の罪に問われることのないように、自分が乗っている車の中など至近距離の範囲内で持つことを禁じていたにすぎないものとしか認められない。また、前記の事実関係によれば、被告人とスワットらとの間にけん銃等の所持につき黙示的に意思の連絡があったといえる。そして、スワットらは被告人の警護のために本件けん銃等を所持しながら終始被告人の近辺にいて被告人と行動を共にしていたものであり、彼らを指揮命令する権限を有する被告人の地位と彼らによって警護を受けるという被告人の立場を併せ考えれば、実質的には、正に被告人がスワットらに本件けん銃等を所持させていたと評し得るのである。したがって、被告人には本件けん銃等の所持について、B、A、D及びCらスワット5名等との間に共謀共同正犯が成立するとした第1審判決を維持した原判断の判断は、正当である。」

8【札幌高判平 12.3.16（不作為による幫助）】

「1 不作為による幫助犯は、正犯者の犯罪を防止しなければならない作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能であるのに、そのことを認識しながら、右一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の実行を容易にした場合に成立し、以上が作為による幫助犯の場合と同視できることが必要と解される。

2 被告人は、平成八年三月下旬以降、約一年八か月にわたり、Aとの内縁ないし婚姻関係を継続し、Aの短気な性格や暴力的な行動傾向を熟知しながら、Aとの同棲期間中常にDらを連れ、Aの下に置いていたことに加え、被告人は、わずか三歳六か月のDの唯一の親権者であったこと、Dは栄養状態が悪く、極度のろい瘦状態にあったこと、Aが、ARマンションに入居して以降、CやDに対して毎日のように激しいせつかんを繰り返し、被告人もこれを知っていたこと、被告人は、本件せつかんの直前、Aが、Cにおもちゃを散らかしたのは誰かと尋ね、Cが、Dが散らかした旨答えたのを聞き、更にAが寝室でDを大きな声で問い詰めるのを聞いて、AがDにせつかんを加えようとしているのを認識したこと、Aが本件せつかんに及ぼうとした際、室内には、AとDのほかには、四歳八か月のC、生後一〇か月のF子及び被告人しかおらず、DがAから暴行を受けることを阻止し得る者は被告人以外存在しなかったことにかんがみると、Dの生命・身体の安全の確保は、被告人のみに依存していた状態にあり、かつ、被告人は、Dの生命・身体の安全が害される危険な状況を認識していたというべきであるから、被告人には、AがDに対して暴行に及ぶことを阻止しなければならない作為義務があったというべきである。

ところで、原判断は、被告人は、ARマンションで、Aから強度の暴行を受けるようになって以降、子供達を連れてAの下から逃げ出したいと考えていたものの、逃げ出そうとしてAに見付かり、酷い暴行を受けることを恐れ、逃げ出せずにいたことを考えると、その作為義務の程度は極めて強度とまではいえない

い旨判示しているが、原判決が依拠する前記第二の一の被告人の供述（１）及び（２）は、前記第三の一の１及び２で検討したとおり、いずれもたやすく信用することができないから、右判示はその前提を欠き、被告人の作為義務を基礎付ける前記諸事実にかんがみると、右作為義務の程度は極めて強度であったといふべきである。

３ 前記第四の二のとおり、被告人には、一定の作為によってAのDに対する暴行を阻止することが可能であったところ、関係証拠に照らすと、被告人は、本件せっかんの直前、AとCとのやりとりを聞き、更にAが寝室でDを大きな声で問い詰めるのを聞いて、AがDにせっかんを加えようとしているのを認識していた上、自分がAを監視したり制止したりすれば、Aの暴行を阻止することができたことを認識しながら、前記第四の二のいずれの作為にも出なかったものと認められるから、被告人は、右可能性を認識しながら、前記一定の作為をしなかったものといふべきである。

４ 関係証拠に照らすと、被告人の右不作為の結果、被告人の制止ないし監視行為があった場合に比べて、AのDに対する暴行が容易になったことは疑いがないところ、被告人は、そのことを認識しつつ、当時なおAに愛情を抱いており、Aへの肉体的執着もあり、かつ、Aとの間の第二子を懐妊していることもあって、Dらの母親であるという立場よりもAとの内縁関係を優先させ、AのDに対する暴行に目をつぶり、あえてそのことを認容していたものと認められるから、被告人は、右不作為によってAの暴行を容易にしたものといふべきである。

５ 以上によれば、被告人の行為は、不作為による幫助犯の成立要件に該当し、被告人の作為義務の程度が極めて強度であり、比較的容易なものを含む前記一定の作為によってAのDに対する暴行を阻止することが可能であったことにかんがみると、被告人の行為は、作為による幫助犯の場合と同視できるものといふべきである。」

9【名古屋高判平 17.11.7（不作為による幫助の因果性）】

「1 所論は、被告人の所為は、Aの暴行を阻止するために精一杯の行為をしたものであって、これを不作為というのは、作為義務の存在や内実に関する解釈を誤ったものであるという。しかしながら、上述のとおり、本件の事実関係の下では、被告人にはBの体に覆いかぶさるなどして同兇をAの暴行から保護すべき作為義務が存したと認めるのが相当であるのに、被告人はその義務を果たさなかったものと認められる。よって、この点の所論は失当である。

2 次に、所論は、不作為による幫助犯が成立するためには、前提となる作為義務の存在及び作為による幫助と同視できる不作為の存在のみならず、「犯罪の実行をほぼ確実に阻止できたのに放置した」との要件が必要であると解すべきところ、原判決は、この最後の要件を看過し、被告人を傷害致死幫助につき有罪と認定したが、これは不当に不作為による幫助犯の成立を広く解するもので、判決に影響を及ぼすべき法令適用の誤りに当たるといふものである。

しかし、幫助行為は、正犯の行為を容易にする行為をすべて包含するものであり、正犯者の行為を通じて結果に寄与するものであれば足りるのであって、不作為による幫助を認める場合にのみ、所論のように「犯罪の実行をほぼ確実に阻止できたのに放置した」との要件を必要とするものでないことは、例えば、助勢行為、見張り行為、犯行に使用する物や車の貸与等作為による幫助の場合について考えてみても、明らかといふべきであるから、所論は採用できない。」

10【大判大 14.1.22（片面的幫助）】

「共同正犯ノ成立ニハ其ノ主觀的要件トシテ共犯者間ニ意思ノ連絡即チ共犯者カ相互ニ共同犯罪ノ認識アルコトヲ必要トスレトモ從犯成立ノ主觀的要件トシテハ從犯者ニ於テ正犯ノ行爲ヲ認識シ之ヲ幫助スルノ意思アルヲ以テ足り從犯者ト正犯者トノ間ニ相互的ノ意思聯絡アルコトヲ必要トセルヲ以テ正犯者カ從犯ノ幫助行爲ヲ認識スルノ必要ナキモノトス」

11【最判昭 53.7.28（具体的事実の錯誤）】

「犯罪の故意があるとするには、罪となるべき事実の認識を必要とするものであるが、犯人が認識した罪となるべき事実と現実に発生した事実とが必ずしも具体的に一致することを要するものではなく、両者が法定の範囲内において一致することをもつて足りるものと解すべきである（大審院昭和六年（れ）第六〇七号同年七月八日判決・刑集一〇巻七号三一二頁、最高裁昭和二四年（れ）第三〇三〇号同二五年七月一

一日第三小法廷判決・刑集四卷七号一二六一頁参照) から、人を殺す意思のもとに殺害行為に出た以上、犯人の認識しなかつた人に対してその結果が発生した場合にも、右の結果について殺人の故意があるものというべきである。」

12【最決昭 61.6.9 (抽象的事実の錯誤)】

「まず、本件において、被告人は、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩酸塩を含有する粉末を麻薬であるコカインと誤認して所持したというのであるから、麻薬取締法六六条一項、二八条一項の麻薬所持罪を犯す意思で、覚せい剤取締法四一条の二第一項一号、一四条一項の覚せい剤所持罪に当たる事実を実現したことになるが、両罪は、その目的物が麻薬か覚せい剤かの差異があり、後者につき前者に比し重い刑が定められているだけで、その余の犯罪構成要件要素は同一であるところ、麻薬と覚せい剤との類似性にかんがみると、この場合、両罪の構成要件は、軽い前者の罪の限度において、実質的に重なり合っているものと解するのが相当である。被告人には、所持にかかる薬物が覚せい剤であるという重い罪となるべき事実の認識がないから、覚せい剤所持罪の故意を欠くものとして同罪の成立は認められないが、両罪の構成要件が実質的に重なり合う限度で軽い麻薬所持罪の故意が成立し同罪が成立するものと解すべきである(最高裁昭和五二年(あ)第八三六号同五四年三月二七日第一小法廷決定・刑集三三卷二号一四〇頁参照)。」

13【大判明 43.4.28 (殺人罪と囑託殺人罪)】

被害者カ真意ナクシテ戯レニ自己ノ殺害ヲ囑託シ加害者之ヲ殺サントシテ手ヲ下シタルモ遂ケサル場合ニ於テハ刑法第38条第2項ニ依リ其所為ニ対シテ同第202条第203条ノ刑ヲ適用スヘキモノトス

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) 2021 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU21642