２０２６年８月８日

令５－９

不作為犯に関する次の１から５までの各記述を判例の立場に従って検討した場合，正しいものを２個選びなさい。（解答欄は，［No.19］，［No.20］順不同）

１．詐欺罪については積極的な欺罔行為を要するから，不作為による欺罔行為が認められることはない。

２．不作為による幇助犯が成立するためには，作為に出ることで確実に正犯の実行を阻止できたという関係は不要である。

３．結果犯における不真正不作為犯の故意について，結果の発生を積極的に意欲することは不要である。

４．不作為による殺人罪が成立するためには，行為者と生命の危機に瀕した者との間に親族関係や契約関係が必要であるから，行為者が，そのような関係にない重篤な患者に対する医師の治療を打ち切らせて同患者を一人暮らしの自宅に引き取った上，その生命を維持するために必要な医療措置を受けさせずに同患者を死亡させたとしても，殺人罪は成立し得ない。

５．不真正不作為犯の成立には，作為可能性を必要としない場合がある。

正解　２，３

肢１　×

不作為でも欺罔行為は成立しうる。釣銭詐欺など。

肢２　○

不作為による幇助。幇助は因果性が弱くても成立する。容易にすればよい。

したがって，確実に正犯の実行を阻止できたという関係までは不要。

肢３　○

認識，認容で足りる。作為と同価値であることが必要だが，意欲がなければいけないわけではない。客観と主観の総合評価で犯罪を認定する。

放火の事案は，法令違反はない。客観に対する義務の違反が軽微だった。

そこで，主観を認定して犯罪成立させている。

肢４　×

行為者と生命の危機に瀕した者との間に親族関係や契約関係は不要。

確かに，身分上の地位があった方が，作為義務違反を認定しすい。

本件の場合，引き取っている。この者しか助けられない。規範の問題に直面しうる。

殺人罪成立しうる。

肢５　×

作為可能性は常に必要。命令規範違反。不可能を法が要求することはできない。

令８－１

アからオまでの各記述を判例の立場に従って検討し，正しい場合には１を，誤っている場合には２を選びなさい。（解答欄は，アからオの順に［No. １］から［No. ５］）

ア．甲は，路上でＡの頭部を鉄パイプで複数回殴打し，これにより直ちに治療しなければ数時間後には死亡するほどの脳出血を伴う傷害をＡに負わせ，倒れたまま動けないＡを残して立ち去った。そこへ偶然通り掛かった事情を知らない乙が，Ａの頭部を１回蹴り付け，Ａは，上記傷害が悪化し，幾分か死期が早まって同傷害により死亡した。この場合，甲がＡの頭部を上記鉄パイプで複数回殴打した行為とＡの死亡との間には，因果関係が認められない。［No. １］

イ．甲は，Ａの頸部に割れたビール瓶を突き刺し，Ａに致命傷になり得る重篤な頸部の血管損傷の傷害を負わせた。Ａは，直ちに病院で適切な治療を受け，一旦容体が安定したが，その後，医師の指示に従わず安静に努めなかったため，治療の効果が上がらず，上記傷害の悪化による脳機能障害により死亡した。この場合，甲がＡの頸部を上記ビール瓶で突き刺した行為とＡの死亡との間には，因果関係が認められる。［No. ２］

ウ．甲は，自動車を運転中，過失により通行人Ａに同車を衝突させ，Ａを同車の屋根に跳ね上げてその意識を喪失させたが，Ａを同車の屋根の上に乗せていることに気付かないまま，同車の運転を続けたところ，Ａに気付いた同乗者乙が走行中の同車の屋根の上からＡを引きずり降ろして路上に転落させた。Ａは，頭部打撲に基づく脳くも膜下出血の傷害により死亡したが，同傷害が上記自動車との衝突の際に生じたものか，路上に転落した際に生じたものかを確定することは困難であった。この場合，甲がＡに上記自動車を衝突させた行為とＡの死亡との間には因果関係が認められない。［No. ３］

エ．甲は，路上でＡの顔面を蹴り付け，Ａの左眼にそれだけでは致命的といえない傷害を負わせたところ，Ａは，持病によって脳に高度の病的変化が生じていたため，同暴行により脳の組織が一定程度崩壊して死亡した。もっとも，甲は，行為当時，Ａの持病の存在を知らず，予測することもできなかった。この場合，甲がＡの顔面を蹴り付けた行為とＡの死亡との間には因果関係が認められない。［No. ４］

オ．甲ら６名は，マンションの居室内で，Ａに対し，約３時間にわたり間断なく顔面，腹部等を手拳で多数回殴打した。Ａは，隙を見て同マンション外に逃走したが，甲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，甲らによる追跡から逃れるため，同マンション付近にある高速道路にとっさに進入したところ，本線上を走行してきた乙運転の自動車にれき過されて死亡した。この場合，甲らがＡを多数回殴打した行為とＡの死亡との間には因果関係が認められる。［No. ５］

①行為の危険性，②介在事情の寄与度，③介在事情の異常性（予見可能性）の総合判断。
②で，死因の判断が大事。②直接死因を作っているのであれば，肯定する方向。
②ない場合に，①③を併せて考慮

肢ア

最判平２．１１．２０　刑百選Ⅰ－１０第８版

乙が，A を蹴りつけているが，幾分か死期を早めたに過ぎない。
②死因はあくまでも，甲の鉄パイプによるもの（甲の寄与度大）
①③危険な行為もしているし，結果としては，乙の行為は入っているものの，死の結果は予見可能。因果関係肯定

肢イ　最決平 16.2.17

確かに，②直接の死因は，被害者 A の不適切な行為がある。脳機能障害。
しかし，医師の管理責任や，被害者の行為に責任を負わせるのは不当。

①行為の危険性，相当危険。実際に，脳機能障害の前提となる，頸部の血管損傷させている。③重い結果は，予見可能。因果関係認められる。

肢ウ

最判昭４２．１０．２４　刑Ｉ－９第８版

②直接の死因は，わからない。その場合は，利益原則で判断。甲から見ると，乙，乙から見ると甲ということになる。

介在事情寄与度は小さい。

①甲の行為の危険性は，高い③しかし，異常性も高い。乙の故意行為は予見できない。

因果関係否定

肢エ

行為者に存在した基礎事情は，客観的に存在した全事情を基礎事情に入れて判断。

高度の病的変化が生じていたＡを甲が殴って死亡させているので，因果関係あり。

肢オ　最決平 16.10.19

②直接の死因は，乙の自動車運転。甲の寄与度イメージ小。乙に刑事責任問えない。信頼の原則で過失が否定されると思われる。

①甲の行為危険性，イメージ中，危険な行為をしている。③予見可能，異常性小。行為そのものが危険なので，異常性もゆるやかに認定。

因果関係あり。

令８－２　予備 令８－４

１から５までの各記述は，甲の占有する動産を窃取した疑いで警察官の取調べを受けた被疑者の供述であるが，これらを判例の立場に従って検討した場合，その供述の内容が窃盗罪の成立を否定する主張となるものを２個選びなさい。（解答欄は，［No. ６］，［No. ７］順不同）

１.「この自転車は，駅前の有料駐輪場に駐輪されていたが，自宅まで歩いて帰るのが面倒だったので，自宅近くで乗り捨てようと考えて，自宅まで約３０分の道のりを乗って帰った。」

２.「この自動車は，駐車場にエンジンキーが付いた状態で駐車されていたのを見付け，半日くらいしたら元の場所に戻すつもりで，駐車場から発進させ，X市内を乗り回していた。」

３.「この社員証は，上司である甲が会社で保管していたものであることを知っていたが，甲を困らせて日頃のうっぷんを晴らそうと思い，会社の自分のロッカー内に隠しておいた。」

４.「この自転車は，甲に貸していたものだが，返却期限が過ぎているのに甲が返してくれないので，深夜，甲がいない隙に甲の自宅敷地内にある車庫のシャッターを壊し，そこに駐輪されていたところを，甲に無断で持ち帰った。」

５.「この自転車は，雑草の生い茂った空き地に捨ててあり，誰の物でもないと思ったので，通勤で使うために自宅に持ち帰った。」

不法領得の意思

①権利者排除意思および②経済的利用処分する意思

肢１

①権利者排除意思あり，勝手に利用している。②30 分でも利用している。

肢２

①返すつもり，権利者を排除するつもりではないでは。価値を消費している。

②通常の用法で利用している。経済的利用処分の意思あり

肢３

①権利者排除意思はあり，

②経済的に利用処分する意思がない。困らせる目的

窃盗罪否定，毀棄罪の主張

肢４

保護法益占有。占有を害している。

所有権があっても，占有者を害しているので権利者排除意思ある。

経済的利用処分する意思ある

肢５

客観的に空き地に放置，占有権ない

占有侵害なし。窃盗罪否定。

令８－３　予備 令８－１０

アからオまでの各記述を判例の立場に従って検討し，正しいものを全て選んだ場合の組合せは１から５までのうちどれか。（解答欄は，［No. ８］）

ア．窃盗罪の幇助犯が成立するには，幇助行為を終えていることは必要であるが，正犯者が実行に着手したことまでは必要ない。

イ．助言によって他人の犯罪に関与した場合，その助言が，犯行を決意させたときは教唆犯であり，既に犯行を決意している者に対しその決意を強固にしたときは幇助犯である。

ウ．幇助犯は，不作為による場合には成立し得ない。

エ．幇助犯の成立には，幇助者の側に正犯者の行為を認識してこれを幇助する意思があれば足り，正犯者が幇助者の幇助行為を認識している必要はない。

オ．凶器を他人に提供し，その他人が正犯者に同凶器を更に提供して，正犯者が同凶器を用いて犯行に及んだ場合，正犯者の犯行を間接的に幇助したものとして幇助犯が成立し得る。

１．ア　ウ　２．ア イ オ３．イ エ オ４．ウ　オ　５．イ　エ

肢ア

窃盗罪の幇助犯が成立するには，幇助行為を終えていることは必要であるが，正犯者が実行に着手したことまでは必要ないとも思える。しかし，共犯が処罰されるのは，正犯を通じて，法益侵害またはその危険を招いたからである（因果的共犯論）。したがって，幇助犯が成立するには，少なくとも正犯者が実行に着手（注）したことが必要である。

（注）実行の着手とは，法益侵害に至る現実的危険のある行為をいう。

肢イ

(1)教唆犯とは，助言によって他人の犯罪に関与した場合，その助言が，犯行を決意させたときをいう。

（注$_1$）正犯の犯罪実行を決意させることで，法益侵害の危険が生じる。教唆犯は，正犯成立に不可欠である。したがって，教唆犯には，（共犯であるが）正犯の刑が科される（６１条１項）。

(2)一方，幇助犯は，既に犯行を決意している者に対しその決意を強固にしたときをいう。

（注$_2$）正犯の意思を強固にすることで，法益侵害の危険は高まるが，教唆犯と異なり，法益侵害の危険性を新たに生み出すとはいえない。法益侵害への因果性は強度とはいえず，従犯（必要的減軽・６３条）となる。

肢ウ

不作為の幇助は，法益侵害に対する因果性が希薄であるのに処罰範囲が広がり，認められないとも思える。しかし，不作為によっても，正犯の実行行為を容易にすることができる。したがって，法的に作為義務を負い，作為との構成要件的同価値性が認められる場合に限定して，不作為の幇助が成立しうる。

肢エ

前提として，幇助犯は共犯の一種である。共犯の成立には，正犯との意思連絡が必要である。そこで，幇助犯の成立には，少なくとも正犯者が幇助者の幇助行為を認識している必要がないか。しかし，幇助犯とは，既に犯行を決意している者に対し，その実行行為を容易にするものである。したがって，幇助者の側に正犯者の行為を認識してこれを幇助する意思があれば足り，正犯者が従犯の行為を認識することを要しない（注)。

（注）その効果として，正犯行為を物理的に容易にすることができる。片面的幇助という。

肢オ

間接幇助を処罰する明文の規定はないので，処罰できないとも思える。しかし，間接的であっても正犯の行為を容易にしたことに変わりなく，処罰の必要がある（注)。したがって，解釈により修正し，間接幇助も成立しうる。

（注）間接幇助を処罰しないと，犯罪のいわゆる黒幕を捕捉できない。これらの者は，捕まらないため，正犯から離れて正犯をコントロールすると想像できる。

令８－４

学生Ａ及びＢは，【会話】のとおり議論している。【会話】中の①から⑤までの（ ）内に【語句群】から適切なものを入れた場合，正しいものの組合せは１から５までのうちどれか。なお，①から⑤までの（ ）内には，それぞれ異なるものが入る。（解答欄は，［No.9］）

【会 話】

学生Ａ．背任罪の主体は「他人のためにその事務を処理する者」であり，（①）は自己の事務を処理する者なので，これに当たりません。では，甲が自己の土地に対する抵当権設定契約をＸとの間で締結し，抵当権設定登記に必要な書類をＸに交付してＸから融資を受けた後，抵当権設定登記完了前に，Ｙから融資を得るためにＹとの間でその土地に対する抵当権設定契約を締結してＹのための登記を完了した，いわゆる二重抵当の事案の場合，甲が「他人のためにその事務を処理する者」に当たるかについて，どう考えますか。

学生Ｂ．私は，判例と同様に，甲が「他人のためにその事務を処理する者」に（②）と考えます。

学生Ａ．背任罪の本質については，どう考えるのですか。

学生Ｂ．私は，判例と同様，背任罪の本質について（③）にあると考えます。

学生Ａ．では，先ほどの二重抵当の事案について，背任罪の本質に関するＢさんの見解を前提にして，甲が「他人のためにその事務を処理する者」に（②）とする理由をどう考えますか。

学生Ｂ．私は，（④）と考えます。

学生Ａ．Ｂさんの考え方に対する批判としては，（⑤）がありますね。

【語句群】

ａ．売主に対して売買契約に基づいて代金支払債務を負う買主

ｂ．本人の委託を受けて登記申請手続の事務を代行する代理人

ｃ．当たる　ｄ．当たらない

ｅ．本人によって与えられた法律上の処分権限の濫用によって財産を侵害する点

ｆ．本人との信任関係に違背して財産を侵害する点

ｇ．甲が登記に必要な書類をＸに交付した以上，法律上及び契約上の義務は完了しているものの，甲は，抵当権設定者であるので，その登記に関し，これを完了するまでは抵当権者であるＸに協力する任務を有し，当該任務は主として他人であるＸのために負うものである

ｈ．甲が登記に必要な書類をＸに交付した以上，法律上及び契約上の義務は完了し，もはや甲が処理すべき他人の事務は存在しない

ｉ．単なる債務不履行との区別という点では優れているものの，権利保護には十分ではないとの批判

ｊ．抵当権設定者がその登記に関し協力する任務は，抵当権設定者の自己の事務であり，他人の事務に当たらないとの批判

１．①ａ　②ｃ　④ｈ　２．①ａ　③ｆ　⑤ｉ　３．①ｂ　③ｅ　④ｇ

４．②ｃ　③ｆ　⑤ｊ　５．②ｄ　④ｇ　⑤ｉ

正解４

①ａ．売主に対して売買契約に基づいて代金支払債務を負う買主

他人の自分ではなく自己の事務。

②ｃ．当たる

最判昭３１．１２．７　刑Ｉ－７０第８版

抵当権設定者は，抵当権者の権利を保全するために協力する義務を負う。

他人の事務

③ｆ．本人との信任関係に違背して財産を侵害する点

ｅ．本人によって与えられた法律上の処分権限の濫用によって財産を侵害する点。こちらは有力説。

横領との区別で出てくる。

自己の名義，また，自己の計算，横領。本人名義，本人の計算，背任。

委託信任関係の違反においては，横領と重なる。

④ｇ．甲が登記に必要な書類をＸに交付した以上，法律上及び契約上の義務は完了しているものの，甲は，抵当権設定者であるので，その登記に関し，これを完了するまでは抵当権者であるＸに協力する任務を有し，当該任務は主として他人であるＸのために負うものである

他人の事務であることを前提とした説明。

⑤ｊ．抵当権設定者がその登記に関し協力する任務は，抵当権設定者の自己の事務であり，他人の事務に当たらないとの批判

自己の事務であり他人の事務にはたらあたらないが対応。

令８－５　予備 令８－３

学生Ａ及びＢは，【事例】について，【会話】のとおり議論している。【会話】中の①から⑦までの（ ）内に【語句群】から適切なものを入れた場合，正しいものの組合せは１から５までのうちどれか。なお，①から⑦までの（ ）内には，それぞれ異なるものが入る。（解答欄は，［No. 10］）

【事 例】

甲は，自動車を運転していた際，前方不注視のため，進路前方の横断歩道を歩いていたＸに気付くのが遅れ，ブレーキを踏もうとしたが，誤ってアクセルを踏んでしまい，自車をＸに衝突させ，Ｘに重傷を負わせた。

【会 話】

学生Ａ．私は，過失犯の実行行為について，（①）と考えます。

学生Ｂ．そのように考えるのはなぜですか。

学生Ａ．私のように考えないと，（②）まで実行行為とされるおそれがあり，（③）からです。

学生Ｂ．私は，Ａさんとは異なり，（④）と考えます。Ａさんの見解では，この【事例】の場合，（⑤）だけが実行行為となりますが，私の見解では（⑤）と（⑥）の双方が実行行為となります。

学生Ａ．（⑤）が実行行為になるという点では同じなのですから，私の見解もＢさんの見解も実質的な結論に違いはないのではないですか。

学生Ｂ．例えば，（⑦）には，Ａさんの見解よりも私の見解の方が過失をより適切に認定することができると思います。

【語句群】

ａ．結果発生に直近する不注意な行為だけが過失犯の実行行為となる

ｂ．発生した結果と因果関係のある不注意な行為は全て過失犯の実行行為になり得る

ｃ．結果発生と関連が薄い間接的な落ち度

ｄ．発生した結果との因果関係が認められない行為

ｅ．公判審理の争点が不明確になる　ｆ．過失の共同正犯を認めることができなくなる

ｇ．前方不注視　ｈ．ブレーキとアクセルの操作の誤り

ｉ．ブレーキとアクセルの操作の誤りが主たる原因である場合

ｊ．前方不注視が主たる原因である場合

１．①ａ　③ｆ　⑥ｇ　２．①ｂ　④ａ　⑥ｈ　３．②ｃ　④ｂ　⑦ｉ
４．②ｄ　⑤ｇ　⑦ｊ　５．③ｅ　⑤ｈ　⑦ｊ

正解５

学生Ｂの第２発言

Ａは⑤のみ，Ｂは⑤⑥と実行行為が広い。

Ｂの見解がＡより広いことがわかる。

④ｂ　①ａ　が入る。

ｂの方が，実行行為となる範囲が広い。全てといっているので。この時点で肢２切れる。

②ｃが入る。Ａは，実行行為を狭くとらえる見解，おそれがあると，広く成立する者に対して批判がある。それを受けて，ｃ．結果発生と関連が薄い間接的な落ち度まで含むのは問題

肢４切れる。

③ｅ．公判審理の争点が不明確になる

実行行為を広く認めることに対する批判にあたる内容が入る。

肢１切れる。

残り肢３，肢５の勝負

⑤は，ｈブレーキとアクセルの誤りが入る。直接は，ブレーキとアクセルの誤りが原因。

⑦ｊ前方不注視が主たる原因である場合　が入る。Ｂは実行行為を広く認める見解。

その点がＡさんより優れている。前方不注視は，実行行為を広く認めるＢだけが，実行行為となる。

⑥ｇ．前方不注視

肢５　となる。