

平成23年度 既修者認定試験(A日程) 刑法 出題の主旨

第1問においては、主として、不作為の殺人犯の成否が問題となる。ここで論じられるべき点は、作為義務（保証人的地位）の有無（不真正不作為犯の問題）、不作為の因果関係の有無、未必の故意の有無である。作為義務については、不真正不作為犯では処罰範囲を限定するために、行為者に一定の要件（例えば、保証人的地位や作為犯との同価値性など）が認められる必要があるが、本問においてはこの点に言及し、不真正不作為犯が認められるための要件を掲げ、その上で問題文の中の事実をあてはめなければならない。不作為の因果関係については、条件関係が問題となり、行為（不作為）なければ結果なしの条件公式にあてはめて考えるのが一般的であろうが、作為犯とは異なり不作為犯においては、実際に行われなかった行為が存在したことを仮定して結果の発生の有無を判断することから、不確定要素が残らざるを得ないという問題がある。本問においても、「ほぼ確実に救命され得た」となっており、100%救命され得たとはなっていない。しかし、先の述べたように、不作為犯においては仮定的判断である以上、100%を要求することは極めて困難であり、「ほぼ確実に」であれば、条件関係を認めても良い（最決 H1.12.15 刑 43.13.879 参照）。本問においては、以上の知識を前提に、因果関係の点において問題があることを指摘し、その中で問われているのは条件関係であり、それは「行為がなければほぼ確実に結果がなかった」にあてはまれば認められるとした上で、問題文中の事実をあてはめる必要がある。また、未必の故意については、行為者は、Aが死んでも仕方がないと思いつつ立ち去っていることから、Aの殺害を意図していたわけではなく、確実に死亡すると認識して立ち去ったわけでもない（行為者の認識は、高い確率での死である）。それ故、未必の故意が問題となるところ、本問では、未必の故意の成立要件を提示し、事実をあてはめれば良い。

なお、行為者XがAに注射をした点について、被害者の同意が問題となり得るが、被害者の同意が認められるためにはどのような要件が必要か提示し（判例に従えば、承諾を得た動機、目的、傷害の手段、方法、損傷の部位、程度を考慮して、総合的に判断されることになる。最決 S55.11.13 刑 34.6.396 参照）、その上で事実をあてはめなければならない。もっとも、この点については二次的論点であり、上記の主要論点を丁寧に論じることは必須であるが、本論点については、簡単な言及で足りよう（判例に現れた事案では、交通事故による傷害、けじめをつけるための指の切断等、比較的重い傷害が問題となっているのに対し、本問の注射では、覚せい剤という違法な薬物が問題となっているものの、注射自体（あるいは覚せい剤による高揚等の薬理作用）は比較的軽微な傷害だからである。また、錯乱状態に至った点については、Xに故意はなく、また、Aに同意もないことから被害者の同意が問題となることはない）。

第 2 問においては、事後強盗罪の成否が問題となる。事後強盗罪が成立するためには、前提として窃盗罪の成立を肯定する必要がある、この点の言及は必須である。その上で、暴行・脅迫が窃盗の機会の継続中になされることが必要である点を指摘しなければならない。「窃盗の機会」という要件は、強盗と同様であるとの評価を可能とするための要件である。そして、それが認められるための法律論を展開しなければならないが、時間的・場所的接着性を要求することで既修者認定試験において求められるレベルには達するが、近時の判例を意識し、被害者に容易に発見されて財物を取り返され、あるいは、逮捕され得る状況にあったか否かで窃盗の機会の継続性の有無を判断する見解に従えば(最判 H16.12.10 刑 58.9.1047 参照)、より明確で説得力のある答案になるであろう(時間的・場所的接着性のみで判断するには基準として不明確な面が残り、また、近時の判例で現れた事案を十分に説明することが可能であるか疑問が残る)。その上で、掲げた法律論に本問の事実をあてはめる必要がある。なお、窃盗の機会の継続性が認められたらば、強盗罪に成立に要求される暴行・脅迫の程度は反抗を抑圧するに足りる程度である必要があることから、この点にも言及し、事実をあてはめなければならない。

また、行為者 X は A 宅に侵入して財物を窃取したことから、住居侵入罪が成立することになる。そして、本問では複数の犯罪の成立が認められることから罪数に言及しなければならない。事後強盗罪の成立を認めた場合は、住居侵入罪、窃盗罪、事後強盗罪が成立し、窃盗罪は事後強盗罪に吸収され(罪数上、窃盗罪の成立に言及せず、事後強盗罪の成立にのみ言及し、それと住居侵入罪との牽連性を論じたとしても間違いではなかろう)、これらと住居侵入罪とは牽連犯となる。他方、窃盗の機会を否定した場合には、住居侵入罪、窃盗罪、暴行罪が成立し、住居侵入罪と窃盗罪は、手段、結果の関係にあることから牽連犯となり、それらと暴行罪は併合罪となる。