

はしがき

INTRODUCTION

本書は、法学教室2019年4月号(463号)から2021年3月号(486号)まで、2回の休載をはさみ、補講座談会を含めて計22回行った連載「刑事事例の歩き方——判例を地図に」に、後述のような加除修正を加えてまとめたものである。

そもそも、連載の狙いは、法科大学院・法学部の教育に携わっている執筆者らにおいて、体感されていた問題点、特に、刑法の知識がないわけではないが、いざ答案を書こうとすると表れる様々な問題点を上手くフォローすることで、学生の皆さんに、より適切な理解・書き方を獲得してもらうことにあった。

確かに、教科書や判例を読み、授業を受け、演習書で問題演習を行うことが刑法に限らず、法律学の基本的な学習スタイルとあってよいであろう。他方で、執筆者らが、答案を多く見ると問題があると感じた部分は、その狭間で、学習のつまずきとなっている点であるように思われた。具体的には、①論点は認識しつつも、その前提となる基本的理解を外しているパターン、②規範が更新されている判例や学説に追いついていない、あるいは客観性のある判例や学説の理解を得ていないパターン、③規範を抽象的には認識しているが、それを使ってあてはめを行うと、目安や相場を外したものとなっているパターンなどである。

連載さらには本書の基本的な構成は、それと対応したものとなっている。①に対応するため、「Ⅰ. 事例分析の前提」をおき、前提となる基本的理解だけでなく、授業や教科書で十分に言語化されていない、又は学習者の注意が及んでいないと思われる点の説明をするように試みた。また、②に対応するため、「Ⅱ. 判例と学説の現状」をおき、最新の判例を踏まえつつ、それと対比した形で学説の現状の解説を試みた。③に対応するため、「Ⅲ. 事例へのあてはめ」をおき、裁判例や具体例をあげつつ、どのような事実に着目して、それをどのように評価するのかという点の説明をするように試みた。これらは、それぞれ別の問題ではあるが、事例問題を素材に一体として学ぶことで、それぞれの理解がより正確になるという相互関係を有している。

また、取り上げたテーマは、刑法の主要論点すべてに及んでいるものではな

い。しかし、主要論点のうち、比較的最近の判例・裁判例があるにもかかわらず、学習者においてその理解を十分にフォローした対応ができていないのではないかとと思われるテーマや、上記のつまづきパターンがよく見られるテーマはおおむね網羅したものと考えている。

そのような連載時のコンセプト自体は、なお意義のあるものと考えており、本書でもその点は維持をしている。その上で、書籍化にあたり、執筆者間で協議をしながら、以下の点を新たに加えている。

まず、全体として、新たな判例が出た分野、新たな議論の展開がある分野ではその点の加筆を行い、それ以外にも、連載後の協議や各執筆者における検討の上、加筆・補足・修正が必要と思われる部分についてはその加筆を行っている。特に、連載企画として答案を募集して添削を行ったテーマについては、**座談会**の素材としているほか、書き直しの際の参考ともしている。

次に、一部事例（**第2講・第8講・第9講・第17講・第18講**）において、問題文の変更を行った。近年の刑法の司法試験では、いわゆる設問形式と呼ばれる、見解や帰結を対比させる出題がなされる傾向にある。それにどのように対応すれば良いかという不安は、しばしば耳にするところである。そこで、一部の問題について、設問を付け加え、そのような問題への対応について、記述を新たに行った。また、問題形式の変更まではやや難しい、あるいは適当とはいえないテーマについても、各講の「事例問題に対応するために②」や「同③」において、対比問題となりうる可能性や、対比問題となった場合のあてはめの相違などを、できるかぎり意識的に加えた。

また、司法試験過去問の演習に臨む際、本書の内容がどのように役立つのか、どのような出題がこれまでなされているかということを示すべく、「司法試験での出題動向等」を各講の後に書き加えることにした。具体的に出題の趣旨や採点実感などに言及しつつ、本書の記述をどこでどのように活かすかということを書いている。

最後に、本書を軸に、ある程度、完結した自主学习ができるように、「Learning Links」を各講末尾に付け加えた。詳細は「本書を読むにあたって」を参照されたい。

なお、判例と対比した学説の主たる傾向を記述するという本書の方針との関係で、学術上の研究業績を漏れなく取り上げることはできていない。その点について、ご了解を頂きたいとともに、学生の皆さんには、事例問題への答案での対応ということにとどまらず、引用されている教科書・論文等から、さらに関心をもって勉強を進めてもらえれば幸いである。本書を通じて、刑法に面白さを感じ、学習の拠所を身に着け、刑法の広く・深い様々な議論へと関心をつなげていってもらえれば、大変に嬉しく思う。なお、本書は、世代の近い、問題意識を共有することが比較的容易な刑法研究者4名が集い、各テーマにつき、どのように理解をし、教えるのがまっとうであるか、真剣に悩みながら、繰り返し打ち合わせて擦り合わせた成果である（もちろん最終的な文責は各執筆者にある）。そのことにより、司法試験等の目標を見据えて、判例のスタンダードな理解をベースに学習を進めたいと考えているものの、判例の知識を表面的になぞるだけの解説では満足できないという学生の皆さんに、ちょうどよい教材となっていればと思う次第である。

各執筆者の勤務校の学生の皆さんや本連載の読者の方には、連載時の答案企画に協力を頂いた際や、授業の教材として利用した際に、教える側に貴重な気づきや学びを与えてくれる等、様々なご協力を頂いたことに感謝申し上げたい。また、連載時には当時の法学教室編集室の鈴木淳也さん、清田美咲さん、菅野真吾さんに大変にお世話になり、書籍化にあたっては菅野さん、学習書編集部の井植孝之さん、竹之内彩さんから多大なご尽力を賜ったことに、心よりお礼を申し上げます。このように多くの方のご協力をもって、何とか本連載を全うし、本書の完成にこぎつけることができたものであり、本書が多くの方に受け入れられ、有効に活用されることを願ってやまない。

2023年11月 著者一同

目次

CONTENTS

はしがき	i
凡例	vi
執筆者紹介	x
本書を読むにあたって	xi

PART1 総論

第1講 不作為犯	002
第2講 因果関係	026
第3講 正当防衛	052
第4講 過剰防衛	080
第5講 共同正犯の基本成立要件——「共謀」の成否	100
第6講 共犯関係の解消	124
第7講 承継的共同正犯	147
第8講 実行の着手，早すぎた構成要件実現	180
第9講 不能犯，だまされたふり作戦	200
第10講 間接正犯と共同正犯	218
第11講 不作為と共犯	242

PART2 各論

補講 各論の事例問題対応について	266
第12講 共謀の射程と財産犯序	272
第13講 強盗致死傷罪	304
第14講 事後強盗罪	330
第15講 2項犯罪——強盗利得罪を中心に	354
第16講 窃盗罪と詐欺罪の区別と符合	376
第17講 窃盗罪における不法領得の意思	396
第18講 文書偽造と詐欺罪における「財産上の損害」	422
第19講 銀行預金と財産犯	448
第20講 横領罪	466

PART3 座談会

答案作成に向けた学習のポイント	497
事項索引	519
判例索引	527

事項索引の活用

本書は、事例演習であり、かつ各講の項目を統一していることから、目次は簡素なものとなっています（→xi頁参照）。事項索引から、逆引きすることで、主要テーマとなっている事例以外においてそのテーマに関し問題が生じる場合の理解確認（例「因果関係」）、複数の局面で問題となる論点の横断的理解（「故意」、「因果関係の錯誤」）、個別の犯罪において総論・各論にまたがり注意すべき点の確認（「詐欺罪」、「強盗罪」）、概念の内容とその判断方法の確認（「心理的因果性」、「一連の行為」）等の学習が可能です。そのような観点から、事項索引を積極的に拾って作成しておりますので、活用してください。

執筆者紹介

AUTHORS

鳴矢貴之 SHIMAYA Takayuki

神戸大学大学院法学研究科教授。

担当項目：第1講・第5講・補講・第12講・第15講・第18講

小池信太郎 KOIKE Shintaro

慶應義塾大学大学院法務研究科教授。

担当項目：第2講・第6講・第10講・第13講・第17講

鎮目征樹 SHIZUME Motoki

学習院大学法学部教授。

担当項目：第3講・第7講・第11講・第14講・第20講

佐藤拓磨 SATO Takuma

慶應義塾大学法学部教授。

担当項目：第4講・第8講・第9講・第16講・第19講

本書を読むにあたって

—各講の構成と内容—

CASE

主として判例・裁判例を素材として構成し、組み合わせた、ある程度長文の事例について、登場人物の罪責を問うている。論点に紛れが生じないようにすることはもちろん、「Ⅲ. 事例へのあてはめ」での解説に有効となるような事実関係を具体的に書き込むように努めている。

また、一部の講については、書籍化に際して、見解や帰結を対比させる設問形式に変更している。設問形式に変更したものについては、「Ⅱ. 判例と学説の現状」、あるいは「Ⅲ. 事例へのあてはめ」において、それに対応してどのように検討をすべきかについて、解説を行っている。

Ⅰ. 事例分析の前提

論点が生じるまでの前提となる基本的理解を記述した部分である。論点自体を知っていれば、ある程度の対応はできるかもしれないが、その前提となり、なぜそのような論点が生じるのかという点の基本的理解を欠いていると、大きな誤りや、論点の見落とし、事案に変更が加えられた場合の対応力などに問題が生じる場所である。

かつ、ここでは教科書等で散在しているため学習者の注意が十分に及ばないことがある、あるいは必ずしも十分に言語化されていない基本的理解の解説を行うよう努めた。それにより、教科書を読むことと、事例問題を解くこととの橋渡しとなっている部分でもある。どう解くか、どう書くかも大事であるが、なぜ問題となるかを正確に理解することが、当該事例に限らない法的問題への対応力を高めることとなる。

Ⅱ. 判例と学説の現状

答案でいえば、いわゆる「規範」にあたる部分に関する解説である。重要な最高裁判例がある場合には、その解説を、さらにその最高裁判例に続く裁判例がある場合には、それも解説することで、その意味するところを理解してもらえるよ

う、かつできる限り、客観的な形での記述を心がけた。

ただし、判例そのものは、事例判断であることも多く、過度な一般化は禁物であり、かつ理由も判決文中では十分に述べられないことも多い。それを前提としつつ、その背後にある理由・根拠として想定できること、あるいはある程度一般化可能な理解を、可能な限り解説することも試みている。その上で、それらと学説との関係についても、その主要部分において一致する点、一致しない点を明らかにするようにしている。特に、ある事案で帰結が一致するからといって、必ずしも、その考え方で一致しているわけではない点は、慎重に理解をしてもらいたい。

また、各講では、学習者において、規範の取捨選択の際の参考となるように、さらに見解や帰結を対比させる設問形式の問題への対応力が備わるように、加えて、もはや用いられていないやや古い規範を、判例・通説であるかのように理解している場合には、その点の理解をアップデートできるように、それぞれにつき、できる限り意識的に言及も行っている。

なお、規範において、どこまで、どのように書くかについては、**座談会**（本書497頁）もあわせて参照してもらいたい。多くの事例問題では、判例の正確な理解を前提に、的確な質量で規範を書くことが求められているといえる。

III. 事例へのあてはめ

答案でいえば、いわゆる「あてはめ」にあたる部分である。判例解説、最高裁判例に続く裁判例、学説などをもとに、当該事案で、具体的に、どの事実をどのように評価して結論を出すべきかについて、解説をしている。さらに必要に応じて、事実関係が異なる場合に、あてはめに相違が生じるのはどのような場合か等についても言及している。あてはめに際して、出題者の想定する筋を外しがちである人、あてはめが薄くなりがちである人、事実の羅列にとどまりがちである人などは、この点を重点的に補う必要がある。

抽象的に規範を知っているだけでは、活きた法を理解したとはいえず、具体的なあてはめまでできて初めて、有用な理解として完結し、規範が使用に耐えるようになる。教科書類では、その性質上、十分な対応は難しい部分もあるところ、できる限り具体的に、かつ問題文の事実を引用し、それをどのように評価するのかを示す形で解説を行っている。ここで用いた素材や思考方法をヒントに、本書で取り

扱った論点以外についても、その理解の充実へとつなげてほしい。

IV. 補足事項

各講のⅠ～Ⅲの解説におさまらない関連事項の解説を行っている。具体的には、各CASEの本筋ではないが隣接する問題やその相互関係に関する解説、各CASEから派生する問題への解説、理解の定まっていない新しい判例や問題についての解説、学生の皆さんからよく質問を受ける事項への解説などを行っている。

司法試験での出題動向等

網羅的に全出題を取り扱っているものではないものの、比較的新しいところの司法試験での出題を、「論文式試験出題の趣旨」*や司法試験の「採点実感」*の分析を踏まえ、出題と各講における事例・解説との対応関係を記している。特に、司法試験を目標としている人は、本書の解説を上手く活用しながら、過去問演習に取り組んでもらえればと思う。

* 法務省ウェブサイト「司法試験の結果について」に掲載

〈https://www.moj.go.jp/jinji/shihoushiken/jinji08_00026.html〉

ここでの解説は、あくまで執筆者等の理解に基づくものであるが、出題の趣旨や採点実感の記述の意味を理解する補助となることや、出題後の判例や学説の動向を踏まえた理解へのアップデートとなることを期している。また、何が出題され、何が出題されていないかについても、情報としての一定の有用性はある。

Learning Links

より基礎的な事例演習である嶋矢貴之ほか『徹底チェック刑法』（有斐閣、2022年）*の関連項目と、より発展的な事例演習である井田良ほか『刑事事例演習教材〔第3版〕』（有斐閣、2020年）の関連項目を挙げている。前者は、本書の事例や解説がやや難しい場合の予備的学習に、後者は、司法試験等により近い、複数分野の論点を含む事例問題のさらなる学習につなげてもらいたい。

* 有斐閣ウェブサイトの一部項目の立ち読み、事例のみをまとめた事例集、追加解説である Appendix が掲載されている。

〈<https://www.yuhikaku.co.jp/books/detail/9784641139541>〉

CASE

以下の事例において、甲がVに対して傷害致死罪の責任を負うとの立場からはどのような説明が考えられるか、それに対し、甲が同罪の責任を負わないとの立場からはどのような反論が考えられるかについて答えなさい（なお、それらの説明、反論とは別に、自らの見解を示すことを求めるものではない）。

【1】 甲は、5月1日午後9時頃、長男V（2歳）が食事中の姿勢について注意しても聞かなかつたことから立腹し、その背中を平手で2回叩く暴行を加えたところ、Vは腹部をテーブルの縁に強打した。

【2】 Vは、翌2日午前0時頃から、「おえ、おえ」とえずき、断続的に嘔吐するようになった。午前2時頃、甲は、Vの嘔吐を助けるため、その腹部を、手で10回、両膝でVの身体を挟み込む形で5回、繰り返し押した。Vは日頃から吐き気を催す癖があったこともあり、甲は、自らの暴行によりVの身体に異変が生じているとは考えていなかった。

【3】 午後1時頃、Vの意識がないことに甲の妻が気づき、病院に搬送したが、まもなくVは死亡した。

【4】 Vの死因は、38 cmにわたる腸間膜破裂に起因する出血性ショックであった。ただ、死亡に至った機序が、①甲の暴行により腸間膜破裂の大部分が引き起こされ、出血を放置すると出血性ショックで死亡しうる状態になったところ、腹部を押した行為により出血が促進されたというものが、あるいは、②甲の暴行により生じた腸間膜破裂は、5、6 cmのものにすぎず、これが嘔吐を助けるために腹部を繰り返し押した行為により著しく拡大され、出血性ショックを招いたというものが

は、判明しなかった。信頼できる鑑定によれば、5, 6 cm の腸間膜破裂であれば、自然に止血するなど防御機構が働くことも想定でき、腹部を押す行為がなければ死亡する可能性が高かったとはいえない。

1. 事例分析の前提

本講では、因果関係が問題となる事例を扱う¹⁾。

甲は、Vの背中を叩く暴行を加え、その腹部をテーブルの縁に強打させている。これと38cmにわたる腸間膜破裂の傷害に起因する死亡の間に因果関係が認められれば、傷害致死罪(刑205条)が成立する。ただ、Vの嘔吐を助けるため腹部を押した甲の行為が介在するので、因果関係の検討を要する。本問では、そのような事例分析から出発しつつ、因果関係を認めて甲が傷害致死罪の責任を負うことを肯定する立場からのありうる説明と、それを否定する立場からのありうる反論を示すことが求められている。

1. 殺人罪は成立の見込みがないこと

上述の問題設定は、この事例で殺人罪の成立は明らかに見込みがないことを前提とする。事例問題においては、基本的にできる限り重い罪が成立する可能性を追及すべきであるが(→第1講5頁)、その一方で、検討の実益に乏しい罪まで論じなくてよいという暗黙のルールもある。その際、重い罪の成立に必要な故意がないことが明らかであればそのことを前提としてよく、客観→主観という体系的順序にこだわる必要はない。事例では、甲の暴行が客観的に殺人の実行行為に当たるかはともかく、被害者が幼児とはいえ、食事の際に注意を守らないことへの立腹から、素手で背中を2回叩いただけで、殺意の認定は通常は無理である。同じ事例でオープンに罪責検討を求められたとしても、殺人罪については、殺意は認められないことを理由にごく簡単に否定するか、それもせずに傷害致死罪から書き始めるのでも十分であろう²⁾。

1) 一般的な教科書等として、井田・総論124頁、大塚ほか・基本刑法I 56頁[大塚裕史]、亀井ほか・総論13頁[佐藤拓磨]、裁職研・総論85頁、佐伯・総論45頁、高橋・総論126頁、西田・総論96頁、橋爪・総論1頁、松原・総論63頁、山口・刑法30頁、山口・総論51頁ほか。

2. 傷害致死罪の問題のない要件の認定

傷害致死罪は暴行の二重の結果的加重犯を含むと解されているから、その実行行為としては、故意の暴行すなわち人の身体に対する（不法な）有形力行使を取り上げることが基本となる。身体への接触の意図なく、威嚇目的で石を投げつける、眼前で刃物を振り回す、車両を急接近させるといった行為に出たところ、予期に反して接触してしまった場合には、身体への接触の認識がなくとも故意の暴行に当たること（接触不要説）³⁾を確認した上で論述を進める必要があるが、本講の事例における甲がVの背中を2回叩いた行為のように、あからさまな直接的暴力である場合には、暴行行為をしっかりと特定して示すということにだけ気を付ければよい⁴⁾。

その上で、他の要件も含めて、特に問題がないものは該当事実を示して端的に認定していくことになるが、2点注意しておきたい。

第1に、条文の構造を誤解しているきらいがある例として、刑法205条の「身体を傷害し」を実行行為、「よって……死亡させた」を因果関係・結果と捉え、「叩くのは生理的機能の障害を生じる行為だから『傷害し』に当たる」などとする答案がみられる。しかし、「傷害し」は、実行行為により傷害の結果を生じさせたことまでを意味し、本講の事例では、暴行と（死因となった）38 cmの腸間膜破裂という傷害⁵⁾の因果関係まで含めて、「傷害し」の

-
- 2) なお、暴行時に殺意がなくとも、その後、重傷を負った被害者の死亡を予見しながら放置した不作为が殺人を構成する場合もある。もっとも、そのためには、甲がVの死亡を予見しながら放置したことや、予見した時点で確実な救命可能性（結果回避可能性）があったことが必要であり、本件ではそれらの点は全く不明で、こちらも見込みがない（答案上不作为犯を取り上げるかの判断については、**第1講**4頁以下参照）。
 - 3) 最決昭和39・1・28刑集18巻1号31頁。有形力の作用が身体の近くに及び、かつ傷害の危険を伴う場合には、接触がなくとも暴行に当たるという理解が有力である。
 - 4) 本講の事例において、①叩き、②腹部を押す有形力行使が一連の暴行をなすと考えた人もいるかもしれないが、②は嘔吐の介助であって①とは行為の性質を異にするから、自然な捉え方とはいえない。②は、不法な、つまり社会生活上是認されない有形力行使（条解625頁参照）としての暴行の性質ないしその故意を欠くということもできよう。
 - 5) 腸間膜破裂が傷害に当たるとは当然なので、冗長な論述は避けたい。一応傷害の定義を書いておきたい場合も、「腸間膜破裂という生理的機能の障害すなわち傷害を生じさせ……」で十分であろう。

問題である。答案上は、そのような条文構造に忠実に書いていくか、あるいは、各文言との対応関係を特定せずに、条文全体の解釈として、手段が暴行である場合の傷害致死罪の成立要件は、①（故意の）暴行、②（傷害による）死亡の結果、③それらの間の因果関係であるとの整理に基づいて書いていくということでも構わないであろう。

第2に、傷害の故意（傷害結果を生じさせることの認識、認容）を、今回の事例のようにその有無が不明であるときにも、認定しようとする答案が一部にみられる。しかし、二重の結果的加重犯としての傷害致死罪の成立には、暴行が故意で行われていることが認定されれば十分であるから、事例から明らかではないのに傷害の故意を認定する必要はない⁶⁾。暴行の故意で認定するには傷害致死が暴行の二重の結果的加重犯を含むとの解釈を「論証」する必要がある、負担であるとの声も聞かれるが、その解釈は完全に定着しているから、当然の前提としてよい。一応言及しておきたいという場合も、「傷害致死罪は暴行の二重の結果的加重犯を含むと解される場所……」と一言断れば十分で、大きな負担にはならないはずである。

II. 判例と学説の現状

因果関係の判断基準としては、実行行為の危険性が結果へと現実化したかを問うのが判例の立場であり⁷⁾、現在では学説上も通説化しているといつてよい。したがって、事例検討は基本的にこの立場から行うことになる。そのことは、読者の皆さんも前提としているであろう。

ただ、その際に注意を要するのは、危険の現実化を基準とするということは、単に思考枠組みを共有するにすぎず、そのこと自体に事例の結論を導き出せるような具体的基準が内在するわけではないことである。「危険の現実化説」の実態は、判例を素材とした事例群の分類・類型化の作業を通じて、

6) 橋爪・各論 25 頁参照。

7) 平成期に理解が徐々に浸透し、最決平成 22・10・26 刑集 64 巻 7 号 1019 頁（ニアミス事件）と最決平成 24・2・8 刑集 66 巻 4 号 200 頁（ハブ脱落事件）が明示的にその表現を用いるに至った。

結果を実行行為のしわざと評価してよいさまざまなパターンを示すものにはすぎないともいわれるところ⁸⁾、その具体的イメージを持たず、フレーズだけ暗記しても、ほとんど何の役にも立たない。良い答案を書くためには、事例群の分類・類型化作業を通じたパターン分析をフォローして、自分なりに消化しておくことが必要不可欠であるので、以下では、一般的ないし最大公約数的と思われる分析⁹⁾に沿って、解説していく。

1. 直接実現型

実行行為が生じさせた傷害がそのまま死因となる場合、実行行為の危険性の直接的な実現として、因果関係を容易に肯定できる。

この最も基本的なパターンについての理解を印象づけたリーディングケースが、最決平成2・11・20¹⁰⁾（大阪南港事件）である。被告人が被害者の頭部等に革バンド等で暴行を加えて意識を消失させ、港に運び資材置場に放置したところ、被害者は翌朝までに上記暴行により生じた脳出血で死亡したが、放置されてから死亡するまでの間に、何者かにより角材で暴行を受けていたという¹¹⁾事案で、「犯人の暴行により……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」因果関係を肯定できるとした。実行行為が生じさせた脳出血で死亡したことが決定的で、介入行為は、死因を変更せず死期を早めただけで影響は大きくない¹²⁾。そのため、第三者の暴行はそれ自体としては異常で予見不可能というほかはないとしても、危険の現実化を認める妨げにはならない¹³⁾。

同じ類型に属するのが、最決平成16・2・17¹⁴⁾（患者抜管事件）である。

8) 安田拓人「実行行為と因果関係」法教487号（2021年）92頁参照。

9) コンパクトな概観として、杉本一敏「因果関係・不作為犯」法教442号（2017年）12頁。

10) 刑集44巻8号837頁。

11) 角材による暴行も被告人がしたものとして起訴されたが、証拠上その点が認定落ちとなり、被告人以外の第三者が行った可能性を前提とする因果関係の判断を要することとなった。

6. 事例問題に対応するために

以上のようなパターン分析を踏まえ、直接実現の事例であれば、実行行為の結果に対する影響の大きさを、行為が直接生じさせた危険性の具体的内容や死因の観点等に着目して説明し、影響の小さい介在行為は異常でも差し支えないことなどを適宜指摘することになる。

結果の直接の原因が介在事情にあるため、間接実現としての検討を要する事例では、そのことを踏まえつつ、実行行為の危険をいかに「盛る」ことができるかが勝負所である⁴⁴⁾。実行行為の介在行為への影響（例：「誘発」「著しく不自然・不相当でない」）・関連性あるいは実行行為の特別な危険性（例：トランク内の無防備さ）に着目し、介在事情を取り込んだ実行行為の危険性の説明を行っていくこととなる。共同原因型の事例であれば、直接・間接実現の二分論に拘泥せず、両ルートの影響と介在事情の異常性を丁寧に評価したい。

実行行為が危険な状態を生じさせたことの証明がない場合、間接実現で介在行為との関連性が弱い場合（とりわけ故意の暴行が介在した場合）などには、因果関係を否定する余地があり、特に慎重な検討を要する。

III. 事例へのあてはめ

本講の事例では、死亡の機序が仮に事例【4】①のとおり、暴行が腸間膜破裂の大部分を惹起し、出血性ショックで死亡しうる危険性を生じさせた

43) もっとも、被害者がいつ自然に（加減速やカーブの影響などで）、あるいは同乗者が状況をよく理解しないままにその身体に触れることにより路上に転落して死亡してもおかしくない危険な状況が実行行為により設定されているのだとすると、その危険がたまたま故意の引きずり降ろし行為により実現したとしても、実現過程のバリエーションの範囲内として、因果関係を認める余地がないのかという疑問もありうる（小林充「刑法における因果関係の方向」白山法学1号〔2005年〕24頁など参照）。この点に関して、調査官解説は、4km普通に走行してきた以上、自然に落ちる危険はなかったとみるのであるが（海老原震一・最判解刑事事篇昭和42年度285頁）、本決定がそうした事実評価を前提にするならば、射程をかなり狭く解する余地も生じよう。

44) 安田・前掲注8)99頁。

いうならば、現にそのとおりの経過で死亡しており、介在行為はこれを促進したにすぎないため、直接実現の典型例といえることができる。

しかし、その事実が立証されない以上、利益原則の下で暴行と死亡の間の因果関係を肯定し、甲に傷害致死の罪責を負わせるには、死亡の機序が事例【4】②のとおり、暴行により生じた腸間膜破裂は小規模なもので、それが介在行為により大幅に拡大されたという経緯であったとしても、因果関係を肯定できる必要がある。すなわち、間接実現（ないし共同原因）のルートによる論証を要するところ、本事例の素材である東京高判平成29・9・26⁴⁵⁾は、②のような認定に基づき、暴行と死亡の因果関係を否定し、当初の腸間膜破裂についての傷害罪にとどめた。暴行が生じさせた「当初の腸間膜破裂が死亡に至るまでの危険性を有していたとは断定」できず、介在行為が大きく影響したというべきところ、腸間膜破裂を生じている者に、「腹部を……被告人が行ったように繰り返し押すなどということは、通常一般的に起こり得」ず、また、「暴行から約5時間後の時点で……吐くのを助ける目的」で、「暴行により……腸間膜破裂が生じていたこと等は思いもよら」ずになされた介在行為は、「暴行とは異質な……非難の対象にはならないもの」だといえるのである。直接実現のみならず、実行行為と介在行為の関連性の乏しさを強調することで、間接実現のルートをもってしても、危険の現実化を説明できないことを述べる趣旨に理解でき、前掲II 2(1)(イ)の類型（本講35頁）に一事例を加えるものといえる⁴⁶⁾。

本問では、傷害致死罪の成否をめぐり、死亡結果の帰責を肯定する立場からの説明と、帰責を否定する立場からの反論を示すことが求められている。

帰責を肯定する立場からの説明として、上述したところによれば直接実現型の論証は難しいので、間接実現を意識した説明を模索する必要がある。例えば、甲がVの腹部を繰り返し押した介在行為は、暴行を受けたVが嘔吐している事態への（自己流の不適切な）対処として、当初の暴行との関連性

45) 高刑速(平29)号179頁。

46) 里見聡瞭・法学会雑誌59巻1号(2018年)315頁以下は、判例は、実行行為に続く加害や実行行為を補完する行為など、実行行為と共に非難される行為かという観点（「帰責性」）を考慮していると分析する。

を肯定できるといった説明がありえよう⁴⁷⁾。

これに対し、帰責を否定する立場から重視される事情としては、まず、実行行為が生じさせたことを認定できる腸間膜破裂は5～6 cm までのものにすぎず、それ自体としては死亡の危険は高くないことが挙げられる。ただ、このことは、上記帰責を肯定する立場からの説明でも前提とすべきことだとすると、「反論」ではなく、両立場の前提として確認しておくべきかもしれない。上記説明に対する正面からの「反論」としては、上記裁判例の説示を参考に、例えば、Vは普段から吐き気を催す癖があり、暴行から数時間が経過している点でも、嘔吐が甲の暴行の影響と必ずしもいえず、少なくとも甲は暴行の後始末をしている認識では全くなかったこと、立腹しての暴行と主観的には嘔吐の介助として行っている腹部を押す行為は、異なるベクトルを向いていること、介助として上記のような強度の行為が行われることは通常想定しがたい異常な事態であることなどからすると、実行行為と介在行為の関連性や経過の通常性は肯定しがたいといった議論⁴⁸⁾がありうる。

本事例は、因果関係肯定、否定いずれの結論が妥当か、価値判断は分かれる余地があり、素材とした裁判例の先例価値についても、さまざまな見方がある。そうした中で、判例学習を通じて身につけてきた因果関係判断の引出しをうまく使って、両立場への相応の理解を示す答案が高い評価を得られるものと思われる⁴⁹⁾。

47) あるいは別の見方に基づくものとして、小さな腸間膜破裂が大きく拡大する程の強度で繰り返し腹部を押す介在行為は、2歳児に対する行為としてはむしろ虐待の一環と評価でき、そうすると実行行為（暴行）と同じベクトルの介在行為として強い関連性が認められるといった説明もありえようか。齊藤彰子「演習」法教475号（2020年）123頁参照。

48) そのような判決の方向性に賛成するものとして、照沼亮介「因果関係論の課題(1)」上智法学論集64巻3=4号（2021年）183頁。

49) なお、傷害致死罪の成立を否定する場合、仮にオープンに罪責を問う事例問題であれば、当初の暴行についての傷害罪の成立に加えて、腹部を繰り返し押し込んだ行為について過失致死罪を検討する余地もある。ただ、過失（注意義務違反）の有無を判断できる具体的事情が事例中に十分示されていないから、立ち入った検討は困難である。

IV. 補足事項

以下、本講の事例を離れ、因果関係の答案における論じ方等に関して、学生の皆さんからよく質問を受ける点について、コメントする。

第1に、危険の現実化の前提として、条件関係について書くべきか。

理論的には、条件関係に加えて危険の現実化を判断する理解⁵⁰⁾と、危険の現実化の判断自体が行為と結果の事実的なつながりを含むから、(故意作為犯では)条件関係を独立に判断する必要はないとの理解⁵¹⁾がある。いずれにせよ、故意作為犯で条件関係に全く疑義がなければ、あえて言及する実益は乏しいと思う⁵²⁾。

第2に、危険の現実化を判断基準とすることの論拠ないし理由づけを書くべきか。

前述のように、危険の現実化は、それ自体として特定の考え方を示すものというよりは、思考の枠組みを共有するのにちょうどよい定式にすぎないのだとすると、論拠といっても、それほど強いものがあるわけではない。標準的な教科書等でも、「実行行為に結果発生 of 危険性を要求する以上、その危険性が現実化した結果のみを帰責すべき」といった、結論を言い換えたような理由づけが示されているにすぎない⁵³⁾。それであれば答案に書く意味も乏しいか、一定の立場をとる以上理由づけはあった方がよいかは、教員間でも意見が分かれる。ただ、いずれにせよ評価における比重は小さいという点では一致する。

第3に、危険の現実化の判断における着眼点を一般論の形で示すべきか。

50) 例えば、井田・総論124頁、裁職研・総論85頁。

51) 例えば、山口・刑法33頁。

52) 不作為犯(第1講)の因果関係としては、①確実な結果回避可能性(救命可能性)と②危険の現実化が問題となる。①を独立に検討する実益につき、橋爪・総論12頁。②の簡潔な説明として、大塚ほか・基本刑法I 90頁[豊田兼彦]。

53) 山口・刑法33頁、橋爪・総論11頁。裁職研・総論96頁も参照。やや踏み込んだ説明として、井田・総論136頁。なお、「偶然的な結果の帰責の回避」という観点に言及する答案をよくみかける。ただ、それは法的因果関係を限定する(条件説をとらない)ことの理由づけとしては意味を持つものの、危険の現実化を基準とする理由の説明になっているかは微妙であろう。

司法試験での出題動向等

因果関係は、ここ10年ほどの司法試験では、下記の年次などで取り上げられている。

平成22年では、看護師が誤った薬品を投与する過失行為を行い、これにより患者が苦しみ出したところ、病室で1人で看病していた患者の妻が異変を認識しながらあえて放置して死亡させたというエピソードが盛り込まれ、実行行為と死亡結果の間に、妻の不作为の介在にもかかわらず因果関係が認められるかが問われた。出題趣旨では、「故意行為とはいえ、不作为であって、因果の流れに物理的に影響を及ぼしたとまでは言い難いという点をどのように評価するかがポイントとなろう」と述べられている。故意の殺人行為といえは異常性は大きい、誤った投薬（実行行為）に含まれる、急性アレルギー反応から呼吸困難に陥り死亡に至る危険性が現実化していく過程に何ら介入するものではないことを踏まえた論述が求められる（→本講33頁も参照）⁶⁰。

平成26年では、母親甲が乳児Aに授乳や水分補給をしない不作为により乳児を衰弱させていた状況で、そのこととは無関係に別居中の夫が自分で育てたいと思って母親の外出中に住居に侵入してAを連れ去る途中、呼び止めようとしたタクシーが前方不注意であったために事故が発生し、これにより乳児が死亡したという経緯があり、母親の不作为とAの死亡結果の因果関係が問われた。不作为犯における危険の現実化の判断は、期待される作為により解消されるべき具体的危険（それが実行行為の危険性の内容をなす）を想定した上で、それが具体的な結果に結びついているかを検討する必要がある。出題趣旨では、「甲の実行行為によってAが脱水症状や体力消耗により死亡する現実的危険が生じた後……事故という事情が介在してAが脳挫傷により

60) また、本問では妻自身の不作为殺人も問われており、採点実感では、不作为の因果関係の特殊性を考慮しない答案に苦言が呈されている。不作为殺人を成立させる場合、殺意（死亡の認識・認容）と期待される作為に出ることによる確実な救命可能性が同時に存在したことを認定する必要がある（→第1講7頁）。本問では、問題文の記載からこの条件が揃う時間帯が特定可能となっており、それを踏まえた認定ができていくかにより差がついたのではないかと想像される。

死亡した」場合でも因果関係が認められるかを検討する必要があるとされ、また採点実感では、危険の現実化のあてはめにおいて、「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」に苦言が呈されている。実行行為の危険の具体的内容（結果とのマッチング）を意識せず、当該不作為が有する死亡の可能性の大きさだけに関心を払っているような答案は低い評価にとどまったものと思われる⁶¹⁾。

令和2年の事例は、行為者が一般的には死亡の危険のない睡眠薬を摂取させる第1行為で被害者を眠らせた後、有毒ガスを吸わせる第2行為で死亡させようとしたところ、被害者は、一般人は認識できず、行為者も知らない特殊な心臓疾患があったために第1行為により急性心不全で死亡したという経緯を含む。いわゆる早すぎた構成要件実現の問題（→第8講 189頁）と併せて、第1行為と死亡結果の因果関係（被害者の病変の扱い）が問題となるところ、本問では、殺人既遂罪の成立を否定する場合の説明の1つとして、因果関係を否定する理論構成を示した上で、さらに罪責検討を行うことが求められた。採点実感では、因果関係判断に当たり、「被害者の特殊事情を判断資料に含めるべきかという視点が不可欠であるところ、このような視点を欠いた」答案が批判の対象となっている。学生の皆さんの中には、これを相当因果関係説を前提とした検討を求めるものと受け止めた者もいたようであるが、必ずしもそうではなく、相当因果関係説ではなく危険の現実化で考える場合にも、実行行為の危険性の評価の基礎とする事情の範囲（判断基底論）をめぐって理論上は立場が分かれうること（→本講 39頁）が理解できていれば、

61) なお、ゼミ等で本問を検討すると、不作為犯の因果関係＝確実な結果回避可能性（＝条件関係）＋危険の現実化という（多くの学生が前提とする）枠組み（前掲注52）参照）による場合、本問で仮に期待された作為（授乳等）をしていても、連れ去り・事故死を確実に回避できるとは限らず、そうすると条件関係の欠如をもって因果関係が否定され、危険の現実化の検討に至らないのではという質問を受ける。しかし、そのような論述が出題意図に沿うとは思われない。上記枠組みを前提とする場合、衰弱死は期待された作為により確実に回避できた以上、仮に衰弱死したのであれば条件関係・危険の現実化の関係ともに認められるが、本件では衰弱死ではなく事故死であるから、危険の現実化は否定されるというように論じるか、衰弱死が必至である危険な状況を招いた点までは（確実な回避可能性としての）条件関係が認められる（ゆえに未遂にはなる）が、その危険は現実化まではしなかったと論じることになろうか。あるいは、上記枠組みは判断順序を固定するものではなく、事実ごとに意味のある判断を前面に出して書けば足りるというべきかもしれない。

十分な解答が可能であったはずである⁶²⁾。

このように、因果関係は、事例中の付随的論点として頻出しているが、不作為と絡められたり、古典的といえる被害者の病変の問題が取り上げられたりしており、平成以降の最高裁判例の理解をストレートに聞くような出題はまだなされていない。今後はそうした出題も想定しておく必要があるとともに、さまざまな変化球にも対応できるよう、単なるフレーズや考慮要素の暗記ではなく、判断の引出しを使いこなせるスキルを身につけられるような学習を心がけてほしい。

Learning Links

▶ 基本事例の再確認

『徹底チェック刑法』第1講、第4講、第20講

▶ 応用的な事例問題へ／さらに演習

『刑法事例演習教材』事例3・事例8・事例10・事例12・事例28・事例41

62) ただし、最近の学説においては、危険の現実化の判断構造として、ア)事前的視点から実行行為に内在する危険性を判断（予測判断）した上で、これと実際に辿った因果経過を照合して、現実化と評価できるかを問う「現実・予測照合モデル」と、イ)そのような事前判断を介さず、専ら事後的視点から諸事情の総合考慮により、実際の因果経過が実行行為の危険の現実化と評価できるかを問う「総合考慮モデル」が、十分に自覚されないままに対立しているとの分析を前提に、この思考モデルの区別が有用な場面の一つとして、いわゆる判断基底論は、アのモデルによる場合にはなお必要だが、イのモデルによる場合には不要になるとの整理もなされている（大関龍一「因果関係論の『通説』」法セ809号〔2022年〕24頁以下参照）。そうした整理によれば、アのモデルに親和的である本文（および前掲注37）の説明とは異なり、イのモデルに依拠して、危険の現実化の判断において判断基底論を問題にしないことを確認した上で論述を進める方法もありうることになろう。

【法学教室ライブラリイ】

刑法事例の歩き方——判例を地図に

Companion to Criminal Law Cases

2023年12月20日 初版第1刷発行

著者 嶋矢貴之 = 小池信太郎 = 鎮目征樹 = 佐藤拓磨

発行者 江草貞治

発行所 株式会社有斐閣

〒101-0051 東京都千代田区神田神保町 2-17

<https://www.yuhikaku.co.jp/>

装丁 嶋田典彦 (PAPER)

印刷 株式会社暁印刷

製本 大口製本印刷株式会社

装丁印刷 株式会社享有堂印刷所

落丁・乱丁本はお取替えいたします。定価はカバーに表示してあります。

©2023, Takayuki SHIMAYA, Shintaro KOIKE, Motoki SHIZUME, Takuma SATO.

Printed in Japan ISBN 978-4-641-13959-6

本書のコピー、スキャン、デジタル化等の無断複製は著作権法上での例外を除き禁じられています。本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャンやデジタル化することは、たとえ個人や家庭内の利用でも著作権法違反です。

JOCOPY 本書の無断複製(コピー)は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、(一)社出版者著作権管理機構(電話03-5244-5088, F A X 03-5244-5089, e-mail:info@jcopy.or.jp)の許諾を得てください。