

## 「刑法」

(60分)

(注意:解答はすべて解答用紙に記入すること。)

甲は妻乙との間に子供Vが生まれたところ、子供がいると、この不況の世の中、生活に困ると悲観して、友人の丙に対し、「俺の赤ん坊が病院の新生児室にいるから、殺してくれないか」と依頼したところ、丙は「わかった」とそれを了承した。そこで、甲は新生児室にいるVの特徴を丙に教えた。

丙はその日の深夜、Vと乙が入院している病院に立ち入り、ただちに2階の新生児室に人目を盗んで入室した。すると、入口近くのベッドに赤ん坊が寝ていたため、その顔や髪の毛の具合、体つき等を確認したところ、甲から教えられた特徴を有していると判断したため、丙は、Vだと思ったその赤ん坊に向けて、持参したピストルを一発発射して、一目散に病院から走り去った。ところが、この新生児室にはさらに奥の方のベッドに赤ん坊が寝ており、ピストルの弾は丙の意図とは反して、その、奥に寝ていた赤ん坊に命中した。

実はその新生児室には、乙が備え付けのベッドに付き添い役として横たわっており、当時乙は目覚めていた。乙は図体のでかい男がいきなり入ってきたため、声をあげることさえできずに、ただ丙の行動を見守るしかなかった。乙は、丙が入口近くでしばらくじっと立っていた後にベッドの方向にピストルの銃口を向けて身構えたのを見て、ひょっとしたらVが射殺されるかもしれないと思ったが、その時はその男の行為を阻止しようとするれば自分の命が危ないと思い、何もすることができなかった。

丙がピストルを発射して新生児室を立ち去った後、部屋の奥のベッドに寝ていた赤ん坊が激しく泣き出したが、乙はその赤ん坊は他の入院女性の出産した子供だと思い、それなら死んでもかまわないし、放置したことをとがめられることもなからうと思い、ナースコールのボタンを押す等して、救急措置を招来する措置を一切怠った。しかし、ほどなく異常に気づいた当直の看護師Aが新生児室に駆け付けた。ところが、Aは粗忽者で有名で、今回も思わぬ出来事に気が動転したため、Aはこの赤ん坊を抱き上げた途端、大量に出血している様子に驚愕し、そのはずみで、この赤ん坊を床の上に落としてしまった。そのため、赤ん坊は頭蓋骨骨折により、その場で即死した。もし、このアクシデントがなく、Aが適切な判断の上ただちに救命措置が施されていたならば、この赤ん坊の命は確実に救われていたであろうことが、後の鑑定によって明らかになった。

また、奥のベッドに寝ていて結局死亡した赤ん坊はVであったことが後に判明した。

甲、乙、丙の罪責を論じなさい(但し、特別法違反を除く)。

以上

## 1. 出題の意図

今回は、大学法学部の刑法に関する授業でもおなじみかと思われる、錯誤論（主として事実の錯誤）の理解が十分かどうかを、具体的な設例に即して判定しようと考えた（しかし、錯誤種別の境界線上に位置するかなりややこしい事例となった）。また、甲及び丙に関する因果関係の問題（行為後の介在事情ケース）、乙についても因果関係の問題（義務づけられた行為をしていなくても、結果が発生しなかった可能性がある場合の条件関係の判定）、甲と乙の関与形態（両者共同正犯が妥当であろう）にも言及がなされるべきである。

殺人行為の実行者丙について、本問の錯誤は、結局意図したVの死亡をもたらしているものの、「この人」を殺そうとして「あの人」が死んだのだから、方法の錯誤とも言える（よって、もし具体的符合説を採るならば、故意は否定されてVの死亡はせいぜい〔重〕過失致死罪にとどまる）。もっとも、他方で、丙がVだと思ってピストルを向けたのは別の赤ん坊であった。その意味では、客体の錯誤にも丙は当時に陥っていたのである（つまり、客体の錯誤と方法の錯誤の競合事例）。他方、背後の甲にとっては、結局意図したVの死が惹起されたが、そこまでの因果経過に関しては認識と現実との食い違いが若干見られるわけだから、一応因果関係の錯誤に陥ったと言えよう（しかし、殺人の故意を否定するほどの重大な錯誤とまでは言えない）。

他方、乙も部屋の奥に寝ている赤ん坊を他人の子だと思っていたところ、実は自分の子のVだったわけで、これは客体の錯誤と言える（よって、この限りでVへの殺意は否定されない）。しかしながら、乙はVの母であり、しかもVを当時室内で保護できたのは乙だけであったという「排他的支配」性が認められるから、乙にはVの生命・身体を保護すべき作為義務が客観的に課されていたものの、乙はその前提となる事実である射撃された子が実子であるという事実を認識できていなかった。したがって、これはいわゆる作為義務の錯誤になる。その場合の処理については、作為義務の犯罪要素上の位置（構成要件要素か違法性の要素か）によっても大きく左右されるが、通説的な見解である「二分説」によれば、作為義務の前提事情に関する錯誤として、事実の錯誤と見られることになる。よって、この救命の不作为が殺人罪の問題であれ、保護責任者遺棄致死罪の問題であれ、故意が阻却されることによって、これらの故意犯は成立しないとしておく（残るは〔重〕過失致死罪の余地のみ）。

なお、丙の射撃を見守っていた点についても不作为による殺人罪等（場合によっては幫助形態での）が問題とされるべきであるが、この時点では乙は阻止行為に出ることによって自分の命が危ないと思って、それを差し控えたので、この点をもって、作為の期待可能性（判例上は「容易性」と称される場合もある）が欠けたとして、作為義務自体（ないしは不作为による殺人罪における「責任」）を否定することができよう。

あとは、丙の射撃行為とVの死亡との間の因果関係につき、Aの過失行為が介在している点を適宜処理し、また、乙の救助の不作为とV死亡との因果関係（乙が直ちに救助を要請する等していれば、Vの生命は合理的な疑いを差し挟まない程度まで救助されえたと言えるであろうか—Aが粗忽者だったという点がポイント）にも言及が必要なところである。

## 2. 講評

時間が足りなかったこともあってか、上記論点をすみずみまで発見できた答案はほとんどなかった。錯誤、因果関係、不作为犯等の一般論に関する論証パターンがよく暗記できているかということより、この問題の事案で罪責に影響する事情を的確に指摘して評価する能力が受験者に備わっているかどうかをわれわれは見ているのである。個別の点に関して付け加えると、甲と丙との共犯関係は（共謀）共同正犯が妥当（ほと

んどの答案が甲をあっさり教唆にしていたが、共謀共同正犯を知らないのだろうか)。もし丙の罪責が殺人未遂罪だとして、甲について殺人既遂罪と殺人未遂罪の(抽象的?!) 錯誤を論じている人が多かったが誤り。甲にとっても殺人既遂のつもりで未遂にとどまったにすぎず、あっさりと殺人未遂罪を認めればよい(殺人罪の故意に何ら問題はない)。