

第2回(2011)事例演習問題コンテスト応募作品

1 民法部門1

【問題】

1 Aは、戦後大陸から引き揚げてきて昭和24年1月に甲地を取得し家を建てて暮らしていた。甲地は、北は海、西は隣地(住宅)、南と東は乙地(池)に囲まれた、いわゆる袋地にあたる(下図参照)。ただ、乙地は、大半が池として利用されていたが、池の周囲は雑種地(草地)として放置されていた。Aは、甲地から南側の国道に至るまでの雑種地(草地)を唯一の通路(幅2メートル)として利用し日々、生活をしてきた。乙地は、入会地でありB地区自治会が所有していた。Aは、乙地は入会地なのでAら家族が通路として少しぐらい利用しても構わないであろうと思っていた。B地区自治会の構成員もAらの利用につき一切注意をしなかった。その後、昭和25年4月に歩きやすくするために通路にAは砂利を敷き詰めたが誰からも注意を受けなかった。

2 Aは昭和60年4月に亡くなり、唯一の相続人であり息子のYが甲地を相続した(甲地の登記名義はYとされた)。そして、そのまま甲地で暮らしていた。ただ同年5月、Yは自動車を購入し甲地内に車庫を造った。ただ、現在の通路では自動車を通行させるには狭すぎて、自動車が池にハマってしまうので、対策として乙地の池の端に幅2メートルの鉄板を敷き、自動車が通行できるように工夫した(鉄板で池の端の部分を覆い、橋をかけた)。ただ鉄板は、北側から吹く潮風で、すぐに腐食してしまうので毎年、取り替えることにした。このように日々、暮らしていたが、Yは、誰からも乙地の利用につき注意を受けることはなかった。

このように通路および鉄板部分とその延長部分(草地)は、甲地の一部(敷地)として利用されていた。鉄板の延長上は草地でYが自動車を通しやすくするために定期的に草刈りをしてきた。

3 平成21年4月1日にB地区自治会は、乙地をX個人に対して金500万円で売却した。同日、Xへ乙地の所有権移転登記がなされた。

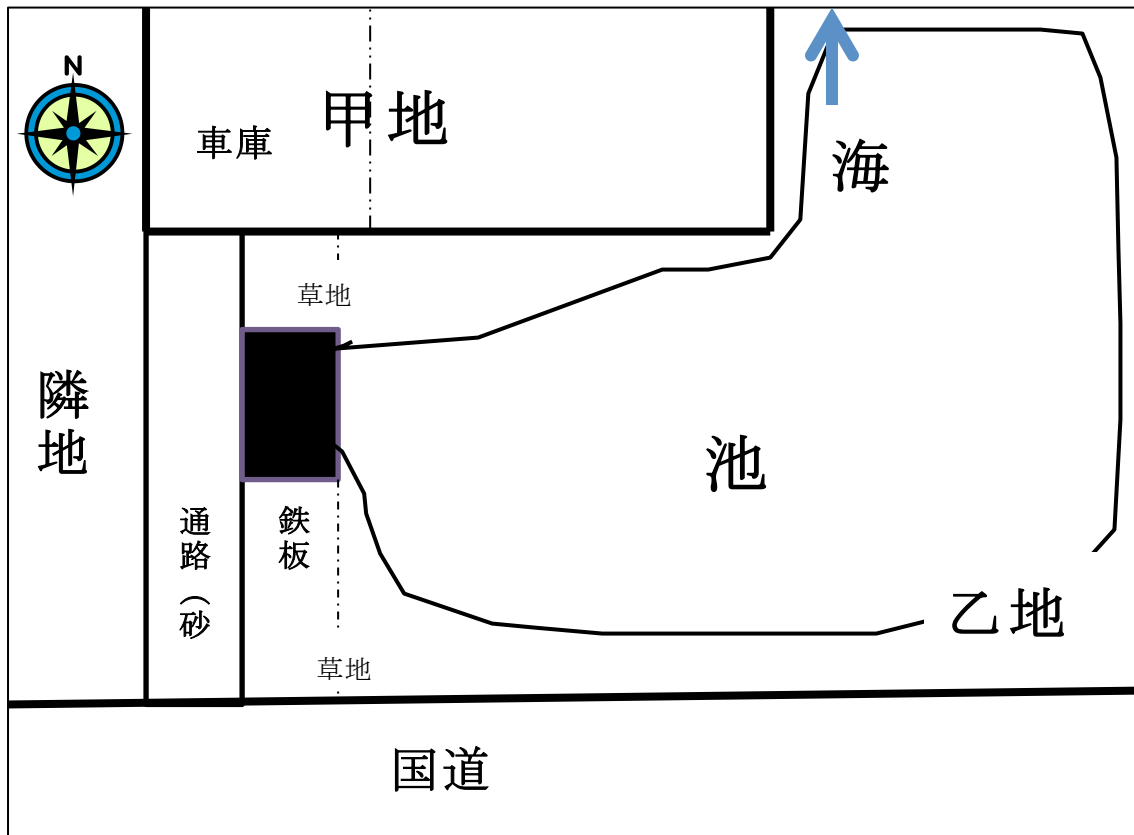
Xの購入目的は、新聞でエビの養殖を目的に詐欺師が50億円を集めたという事件を知り、自分も同様の手口で集金(詐欺)をしようとして計画し、ただ、エビの養殖池と見せかけるための池が必要になるので、そのために乙地を購入したというものである。

Xは購入に際し現地に赴き乙地の利用状況を把握し、砂利敷きの通路および鉄板があることを確認し、Yが自動車を通行させていることも現認した。

Xは詐欺目的で池を利用するだけなので、特にYの利用に関心はなかった。ところが、同年8月に詐欺をするために集金相手数人を集めて、乙地で現地説明会を開催したところ、その参加者の、ある人が、池の端を自動車が走り、鉄板で池の一部を覆うと、エビの養殖環境に悪影響があり、金は出せないと言い出したのである。それにつられて、参加者全員が同調し、Xは当日の集金に大失敗した。

Xは、集金に失敗したのはYのせいであると怒り、現状のままだと、今後も集金に失敗すると危惧したXは、通路を利用しないこと、および鉄板を即時に撤去することをYに要求し

たが、Yは拒否したので、同趣旨につき訴えを提起することになった。訴えを提起したのは同年9月1日である。



設問

XのYに対する請求は認められるか、Yからの反論を踏まえて検討しなさい。

【出題の趣旨】

1 (1) まず、本件原告Xは被告Yに対して乙地の所有権に基づく妨害排除請求として通路および鉄板の撤去を請求すると考えられる。

それに対してYはXの所有権につき2通りの反論が考えられる。1つめは、乙地の一部を取得時効の完成により取得したこと(抗弁)。2つめはXの乙地購入の目的は公序良俗違反であり無効であるというもの(抗弁)。

(2) 取得時効の完成については①砂利敷の通路部分と②鉄板部分と③鉄板延長部分の草地の3つを分けて考えることが必要となる。①通路部分は、占有開始時は悪意であるが20年以上占有を継続しており民法162条1項の要件をみたしうる。それとも地役権の取得にとどまると考え

るべきか（同法283条）も利用状況に照らし検討する必要がある。

それに対し②鉄板部分は、占有開始時は悪意で現在まで20年以上利用している点は共通するが、そもそも池の上に鉄板を覆う（橋をかける）だけで民法162条1項が規定する「占有」にあたるのか検討を要する。仮に占有にあたるとしても、毎年、鉄板を交換することで占有が毎年中断していると評価できないか。加えて、機能的一体として土地工作物とされる「池」の一部だけを取得時効の対象とすることは可能なのかも検討する必要がある。

さらに、自動車の利用しかなされていない③鉄板の延長上の部分（草地）につき取得時効が別途、認められるのかも検討する必要がある。

（3）仮にYが通路および鉄板部分（延長上の草地を含む）につき取得時効の完成が認められる場合、Xは時効完成後に乙土地を譲り受け登記の具備をしている。そして時効完成部分につき登記を備えていないYは、Xに対して背信的悪意者排除を理由にXの所有権を否定できないか検討を要する。Xが、当該不動産の譲渡を受けた時にYが多年にわたり当該不動産を占有している事実を認識しており、Yの登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情が存在するときは、Xは背信的悪意者に当たると考えるべきか。

（4）2つめの反論としてXの詐欺目的での土地購入が公序良俗違反に該当するのか。仮に該当し無効であったとしても、Yに無効の主張適格があるのかも検討を要する。

2 Yの所有権喪失の抗弁が認められない場合に備えて、Yは予備的抗弁としてXの所有権を認めたくえて通路および鉄板部分につき通行地益権（乙地の利用権）を有することを主張することが考えられる（占有権限の抗弁）。

甲地は袋地なので通行地役権は認められる（民法210条1項）。問題は、その程度である。②鉄板部分および③草地の通路は、自動車通行のために必要なだけで、歩行するだけならば①砂利の通路部分だけで必要十分となる。自動車の利用を前提とした通行地役権が認められるのか。自動車による通行を前提とする民法210条1項所定の通行権の成否及びその具体的内容は、公道に至るため他の土地について自動車による通行を認める必要性、周辺の土地の状況、上記通行権が認められることにより乙地の所有者が被る不利益等の諸事情を総合考慮して判断すべきである。

参考判例 最判 平成18年1月17日 民集 第60巻1号27頁 参照

最判 平成18年3月16日 民集 第60巻3号735頁 参照

2 民法部門2

【問題】

<事案>

Yは、以前より個人事業主としてインターネット上の仮想店舗で中古衣料品の販売を行っていた者であるが、近年その業績が思わしくなく、日々の運転資金にも困窮するまでに至っていた。

もともとサラリーマンであったYは、インターネットモールを運営する法人P担当者から、土地建物等の不動産を保有しなくとも運営できる仮想店舗での事業を持ちかけられ、平成18年9月1日、PとYとの間でフランチャイズ契約を締結し、その後勤め先を退社した、いわゆる脱サラをしたものである。こうした経緯から、Yは、仮想店舗を運営するために事務所を賃借しており、土地建物等の不動産を保有していない。

Yがとった金策は以下の通りである。すなわち、平成23年9月1日以降、Yから中古衣料品を当該仮想店舗にて購入した個人顧客に対する売却代金のうち未回収分の債権総額200万円を同業者Lに売却するとともに、その債務者にその譲渡事実をハガキにて通知した。

また、Yは平成23年9月10日、仮想店舗を運営するために使用している高性能コンピュータ1台を、中古コンピュータリース業を営むMに担保目的で譲渡したが、その譲渡代金は100万円であった。

さらに、事業を同時期に始めた親友Qとの間で、本来は全く存在しない債権であるが、YがQに対してコンサルティング役務契約の代金債権300万円を有するとの虚偽の契約書等を偽造した上、これを平成23年9月20日に債権回収業を始めたばかりの知人Rに示しつつその債権を100万円で売却した。

なお、以上の金策を始めた頃のYは、既に債務超過に陥り、かかる金策の全てが功を奏したとしてもなお返済不能となる状態にあった。

<問題>

以上の<事案>の下、相談者の依頼に沿うような法律構成案を、Yの反論を想定した上で提示せよ。なお、依頼を受けた日はいずれも平成23年10月1日とし、確立した判例・学説があればその存在を指摘し、これをYに有利に援用できるかも論ぜよ。なお、各依頼はそれぞれ独立したものである。

問1：法人P担当者からの依頼

「弊社とYの間ではフランチャイズ契約を締結していますが、弊社が開発した仮想店舗システム運営費が先月から支払われていません。本契約では、Yは弊社Pに月100万円支払うこととされていますが、Yは、契約締結時に弊社から聞かされた想定利益と現在の利益とがかけ離れているとして、逆にフランチャイズ契約を維持継続するためとしてYが弊社に差し入れた預託金500万円の返還を求めています。何とかありませんか。」

問2：個人客Wの依頼

「私は、今月15日にYさんの仮想店舗で中古衣料品を購入したのですが、品違いの物が送られてきました。もう別の店舗で買ったので返品するとYさんに伝えたところ、了解したとのことだったので、これを返送したのですが、Yさんが今はお金がないと言って、私の支払った商品代金を返してくれません。何とかありませんか。」

問3：債権回収業者Sの依頼

「私は、今月30日に、同業者Rさんから、YがQに対して有しているコンサルティング代金300万円を譲り受けました。その際、同業者のRさんから契約書のコピーを提示されて、すっかりその債権が存在するものだと信じきっていましたが、どうも譲受債権自体存在しないようです。同業者のRさんには今後の付き合いもあるので請求するつもりはありませんが、このような悪い行為をしたYかQのいずれかにお金を支払わせたいのです。そこで、契約書のコピーから債権の存在を信じた私は一切法的に保護されないのか、教えていただきたいのですが。」

【出題の趣旨】

1. 全般について

当事者の立場に立った債権の保全方法という観点から、現代的な問題とも関連させつつ、債権譲渡、動産譲渡担保等の確立された判例の理解を確認するために本問を作成した。なお、中立的な立場からではなく、一方当事者の側から、有利な法的構成を検討し判例を有利に援用するという実務の発想ができるかを見るため、依頼に沿った法的構成を検討させることとした。

2. 問1について

フランチャイズ契約という役務提供の継続的契約という特性に着目しつつ、当該預託金の性質を検討することを求めた。継続的契約の典型たる不動産の賃貸借契約の締結にあたり授受される金銭である敷金、権利金を念頭に、フランチャイザーとフランチャイジーとの関係、事案に示されている月額リース料と預託金額との関係も考慮しつつ、当該預託金の性質について検討すべきものと思われる。

参照判例：大阪地判平成22年5月27日判時2088号103頁

3. 問2について

Wの依頼内容から、商品売買代金の返還を求めていることが分かる。そこで、本問におけるWの返品する旨とその了承がいかなる法的効果を有するか、Wがその返還請求権を有するとしても、すでに無資力となっているYに対する債権となっていることから、その回収が問題となる。そこで、譲渡された債権について、債権者代位権行使とこれによる自己への弁済受領とを検討することとなる。

参照判例：大判昭和10年3月12日民集14巻482頁

4. 問3について

同業者のRについては請求しない趣旨が依頼内容に表れているから、Y及びQに対する請求について検討すれば足りる。

SはRから当該債権を譲り受けているが、その際当該債権の譲受契約書を示されている。そこで、この契約書により当該債権の存在を信じた者としてその保護を受けることができるか。また、Qから直接譲り受けたわけではないSにつき、Qと同様の保護を与えるべきか否かにつき検討するよう出題した。

参照判例：最判昭和45年7月24日民集24巻7号1116頁

3 刑法部門 1

【問題】

以下の事例において、甲、乙、丙の罪責を論じなさい。

【事例】

甲（30歳，180センチ，78キロ）は，運送会社の契約社員であった。ところが不景気の折，素行不良を理由として突如として勤め先から解雇された。そこで，鬱憤を晴らすために通行中の若い女性を姦淫しようと考えた。しかし，一人で襲いかかったとしても，万が一抵抗されて逃げられた場合に，被害者に近所の家に駆け込まれると困ると思い，実行するためには仲間が必要だと考えるに至った。

そこで，甲は，暴走族の後輩にあたる乙（26歳，160センチ，60キロ）に対し，通行中の女性を暴走族のたまり場となっている飲食店『コスモス』に連れ込みむりやり姦淫しようと考えた。乙は，甲には暴走族時代から世話になっていると恩義を感じていたこともあり，先輩の頼みは断れないと思い，これに協力することにした。

甲は，平成20年10月10日午前0時ころ，飲食店『コスモス』の路地裏を通りがかったV女（22歳，160センチ，55キロ）に対し，ナイフを突きつけ，「静かにしろ。騒いだら殺すぞ。」と言った。そしてV女の頭髪をわしづかみにし，抵抗するV女を10メートルほど引きずりまわし，『コスモス』に連れ込んだ。V女は店内に連れ込まれた後も，なおも大声をあげて甲の顔面をひっかくなど抵抗をしつづけたので，甲は，店内に待機していた乙とともにV女の顔面を手拳で殴打し，さらに，V女の両手を後ろにまわし，荒縄で縛り，こもごもV女の胸部，腰部を足で蹴るなどの暴行を加え，加療約1カ月間を要する頭部顔面挫創兼打撲傷，左第8・9肋骨骨折等の傷害を負わせた。

その後，甲は，抵抗する気力を失いぐったりとしたV女の体をまたいだ状態で「顔をめちゃくちゃにされるか，ここでやられるかどちらがいいかえらべ。」などと怒号をあげた。V女は，このままでは殺されてしまうかもしれないと考え，抵抗をあきらめ，気絶したふりをした。乙は，ぐったりと動かなくなったV女を見て，「甲さん，こいつヤバいっすよ。死んじゃったかも。その公園に捨ててきましょう。」と言った。甲は，乙の発言を聞き，このままでは自分が殺人犯となってしまうかもしれないが，それはまずいと考え，乙に対して「俺は帰る。あとはおまえらでなんとかしておけ。」と言って店を後にした。

甲がいなくなったことに気が付いたV女は，乙に対して，弱々しい声で，「助けて。警察には言わないから病院に連れて行って。」と言ったが，乙は，V女を病院に連れていったら自分の犯行がばれてしまうおそれがあると考え，聞こえないふりをしてV女を公園に運ぶことにした。ところが，V女が重かったので，自分一人で運ぶことは大変だと判断し，同店に居合わせた後輩の丙（24歳，165センチ，55キロ）に，「おい，おまえも手伝え」と言った。丙は，不承不承運ぶのを手伝えることを承諾し，乙とともにV女を公園まで運び，ベンチの上に置いた。

このとき，丙は，V女が持ち合わせていた財布がシャネルの財布だということに気がつき，これは10万円くらい入っているのではないかと期待して，これをV女から取り上げ，こっそりと

自分の懐にしまった。乙は、丙がV女の財布を懐にしまったのをたまたま見ていたが、後で山分けを迫ろうと考え、その場では特に制止はしなかった。

なお、V女は、ベンチに放置されてから2時間後に、自力で病院に行こうとして起き上がろうとしたが、暴行を受けて意識が朦朧としていたため、ベンチから転倒し、その際に後頭部をベンチの下のタイルに打ちつけてしまい、頭腔内出血を起こし、気絶した。その2時間後にたまたまパトロールを通りかかった警察官が不審に思い、意識不明状態になっているV女を発見し、直ちに119番にかけて救急車を呼んだが、病院に運ばれた直後に頭腔内出血が原因となって死亡した。

乙は、丙とともに『コスモス』に帰ってきたあとで、丙に対し、「おい、さっきの財布の中身は山分けだぞ。」と言った。丙は、驚いたが、先輩の言うことだから仕方がないと思い、「いいっすよ。」と言って、財布を懐から取り出し、開いてみたが、中身は空で、1円も入っていなかった。そのかわりに暗証番号が書かれたメモ紙片とキャッシュカードが1枚入っていた。翌日、丙は、乙から現金を引き出してくるように命令されたため、近所のATMに向かったが、たまたま工事中で使用できなかったため、後日引き出そうと考えてカードを近所の自動販売機の下に隠した。その後、丙は、お腹がへったので、店主が一人で経営するそば屋に入った。そして、店主に天ぷらそばを注文し、天ぷらそば(750円相当)を一杯提供させた。丙は、食べ終わってから、財布を忘れたことに気がついた。そこでどうしようかと思案していたところ、店主がトイレに用を足しにいくために店の裏側にいったのが見えたため、今なら金を払わずに逃げられるチャンスだと考え、店主が戻って来る前に素早く店の外に出て走って逃げた。

【出題の趣旨】

本問は、共犯関係の解消と、因果関係、そして種々の各論の知識について問うものである。

まず、V女は最終的には死亡するに至っているが、甲が「俺は帰る。あとはおまえらでなんとかしておけ。」などと申し向けていることから、共謀の範囲や、かかる致死結果を甲に帰責させることができるかが問題となる。この点については、最高裁平成元年6月26日決定、刑集43・6・567を参考にしている。上記決定の事案は共犯者の一人が現場を立ち去った後、残った共犯者が被害者に対して暴行を加えたというものであり、暴行が終了しているように思える本問とは事案が異なるかのようにも思われる。もっとも、本問でも甲が立ち去った後に乙が丙とともにV女を公園に移置し、結果としてベンチから転落したV女が後頭部を打ち、死亡しているのだから危険はなお残存していたと見るべきであり、共犯関係の解消は認められず、致死結果まで負うことになると考えられる。

次に、乙には保護責任者遺棄罪が成立するのか、それとも単なる遺棄罪が成立するに過ぎないのか。

この点、まず遺棄罪と保護責任者遺棄罪の「遺棄」の概念の理解が問われる。遺棄罪と異なり、保護責任者遺棄罪の「遺棄」は広義の「遺棄」であり、置き去りも含まれる。本問で乙と丙はV女を「移置」しており、遺棄罪と保護責任者遺棄罪のいずれにおいても「遺棄」に含まれる。

なお、最判昭和34年7月24日判時197によれば、負傷者が歩行不能に陥るなど自力で必要な

救護の措置を受けることができない程度の重傷を受けたときは、「病者」にあたり、その状態にあることを認識したのに放置すれば、保護責任者遺棄罪が成立するものとしている。そうすると、甲とともにV女を殴る蹴ると暴行を加えた乙は、V女が「病者」にあたることを認識しつつ公園に移置しているのだから、保護責任者遺棄罪が成立する余地がある。

また、保護責任の範囲については、単なる作為義務と区別することが必須である以上、限定される必要があると考えることも可能である。かかる立場からは、故意の不真正不作为犯に必要とされる保障人的地位ないし作為義務の要件としては結果原因の支配が必要であると解されるどころ、作為義務よりも狭い保護責任は排他性など、より強度の支配関係がある場合に限定するということになる。

そうすると、乙は、「引き受け行為」をしておらず、V女との間に強度の支配関係があるとはいえず、保護責任者遺棄罪は成立しないことになる。

なお、問題文最後の丙の食い逃げ行為には財産犯は成立しない。窃盗罪の客体は「財物」であることを要し、利益窃盗は不可罰である。そして、店員を欺罔して立ち去っているのではないから、詐欺利得罪も成立しない。

本問を作成するに当たっては、さまざまな論点を盛り込みつつも、事案の流れが不自然にならないように腐心した。結果的に、論点を増やすために、やや取ってつけたような部分はあるものの、不自然な事例にはならなかったものとする。

4 刑法部門2

【問題】

以下の事例における甲、乙、丙の罪責を論じなさい。

【事例】

甲と乙は、窃盗団の一味である。平成23年10月1日午前4時頃、甲と乙は、P県の駐車場で、駐車してある自動車の中に何か金目のものはないかを探していた。そのとき、A所有の自動車（以下、「本件車両」という。）がカギを抜き忘れた状態であることに気がついた。そこで、甲と乙は、素早く自動車の窓ガラスを破壊し、車のエンジンをかけ、発車させた。

甲と乙は、P県の隣県であるQ県に盗難車を買って受けてくれる中古車センターがあることを知っていたので、ただちにQ県に向かうことにした。P県からQ県に行くには、山を3つほど越える必要があった。ところが、ガソリンの残量を確認したところ、Q県にたどり着く前に底をついてしまう程少なかった。甲は、途中でエンストを起こし、その結果盗難車であることがばれてしまうと困るので、最寄りのガソリンスタンドで給油することにした。

このとき、甲と乙は、定職についておらず、また、貯蓄も底をついていたので、實際上支払い能力は皆無であった。そのため、乙は、ガソリンスタンドで支払いをできないことを恐れ、甲に、「俺の財布の中身はスッカラカンだぞ。おまえ、金、持ってるのか。」と相談した。しかし、甲

は、以前に本件車両とは別の自動車に乗っていた際に、ガソリンスタンドで給油を受けた後、直ちに自動車を発進させて逃走し、ガソリン代金の支払を免れる、いわゆる「入れ逃げ」に成功したことがあったので、今度もガソリンを「入れ逃げ」しようと考えていた。そして、その旨を乙にも伝えたところ乙は快諾した。

甲は、ガソリンスタンドで店員Vに、財布の中身は空なのに、「ハイオク満タン。現金で。」と申し向けた。Vは、「ハイオク満タン入りませう。」と言って、直ちに満タンになるまで給油した。甲は、ガソリンが満タンになったことを確認すると、Vに対し、「悪いけど、ゴミを捨ててもらえますか。」と言って、車内備え付けのゴミ箱を手渡した。Vは、快諾して甲に背中を向けて事務所に向かって歩き始めた。それを確認すると、甲は、代金を支払うことなく、直ちに道路に向けて本件車両を発進させた。

これに気がついたVは、甲からガソリン代金の支払を受けるために、本件車両を追いかけるとともに、「待ってください。」などと叫んだり、本件車両をたたいたりなどして、甲に停止するよう求めた。ところがそれにもかかわらず本件車両が左折して上記道路を西に向かって進行し始めたため、逃走を阻止しようとして、本件車両の後部トランク上に飛び乗り、その車体にしがみついた。

甲は、Vが本件車両にしがみついていることに気づき、乙に向かって、「人が乗ってる。」などと言い、「どないしよう。」などと相談をもちかけたところ、乙もまた、Vが本件車両にしがみついているのを見て、「逃げ。逃げ。」などと応じた。そこで、甲は、ガソリン代金の支払及び逮捕を免れるため、Vを本件車両から振り落としてでも逃走しようと決意し、急制動や蛇行運転を繰り返したり、最高で時速約50ないし60キロメートルにまで加速させたりして走行し、その間、交差点においても、一時停止することなく時速約30ないし40キロメートルで同交差点を右折し、その後、今度は東に向けて本件車両を走行させた。ところが、Vがなおも本件車両の後部トランク上にしがみついていたことから、乙は、「山行け。山行け。」、「まだ乗ってんで。」などと威勢のいい声で言った。なお、甲に対して、危ないから本件車両を停止させるように言うなどしたことはなかった。甲がガソリンスタンドから700メートル離れた交差点において、本件車両を勢いをつけて左折させたところ、Vは、ついに本件車両から振り落とされた。Vは、その際、頭部等をコンクリートで舗装された路上に強く打ちつけるなどしたため、記録力障害の後遺症を伴う加療約2か月間を要する頭蓋骨骨折、右急性硬膜外血腫、左側頭葉脳挫傷、左急性硬膜下血腫、外傷性クモ膜下出血等の傷害を負った。また、Vは、病院に運ばれた後、ほどなく失明した。

甲と乙は、Q県の中古車センターに着くと、同センター社長に、本件車両が盗難車であること、ならびにガソリンスタンド店員Vを振り落として逃げてきたこと等、事情を全て話した上で身の振り方を相談した。同センター社長は、それまでに甲から盗難車を20台ほど譲り受けていた事もあり、甲にはこれからも稼いでもらう必要があると考えた。そこで、日ごろから世話をしている世捨て人の丙に、甲の身代わりに出頭するように命じた。

翌日、丙は、P県警に出頭し、「私が、金もないのにガソリンを入れました。そして、追っかけてきて車にしがみついたVさんを振り落としました。Vさんには大変申し訳ないことをしました。自首させてください。」と言った。警察は、目撃証言も全く集まらず、被害者のVも失明

しており、加えてVの被害当時の記憶も曖昧で、甲と丙が大変似た背格好、顔つきであったので、丙を甲だと信じて逮捕した。

【出題の趣旨】

登場人物は甲、乙、丙の三人であるが、問題文の大半の事情は甲と乙に関するものであるから、まずは甲と乙の罪責を中心に検討すべきである。まず、車を窃取しているので窃盗罪を簡潔に認定する。次にガソリンを「入れ逃げ」するにあたって、所持金がないにもかかわらず支払い能力があるように装って、ガソリンを満タンにしてほしいと注文をした行為につき、詐欺罪（246条1項）が成立する。では、「入れ逃げ」したときに店員のVが車を追っかけてしがみついて来ており、これを振り落とした行為につき何罪が成立するか。この点については、代金支払いを免れる目的で暴行を加えているのであるから、二項強盗（236条2項）が成立する。そして「強盗の機会」に傷害結果を発生させているので強盗致傷罪（240条）の成立が頭をよぎる。しかし、最高で時速約50ないし60キロメートルもの高速度で走行中の自動車からVを振り落とせば、Vが路面に頭部等を打ち付けるなどして、その部位や強さによってはVをしに至らしめる危険が極めて大きいといえるので、上記行為はVを死亡させる危険性の極めて高い行為であるといえる。そして、Vが極めて不安定な状態でしがみついていることをおおよそ認識した上で、Vを振り落とすために上記行為をしたということは、その行為の危険性を十分に認識した上であえてその行為に及んだといえるから、Vに対する未必的な殺意を有していたものと推認することができる。そこで強盗殺人未遂罪（240条後段）が成立する。

では、同乗者乙は、いかなる罪責を負うか。甲から、ガソリンの「入れ逃げ」をする旨事前に告げられていたところ、Vへの対応に窮した甲から相談をもちかけられたのに対し、甲から事情を聞くこともなく、また、ためらうことなく、「逃げ。逃げ。」などと答えて、甲にそのまま本件車両を進行させて逃走するようけしかけた上、甲がその直後に急制動や蛇行運転に及んだり、本件車両を加速させたりしても、これを制止することなく、むしろ、甲がVを本件車両から振り落とそうとしていることを明確に認識しながら、甲に対し、「山行け。山行け。」、「まだ乗ってんで。」などと申し向けて、そのまま走行し続け、Vを振り落としてでも逃げるよう指示していることを考え併せると、乙についても、ガソリン代金の支払及び逮捕を免れるため、甲と意思を相通じて、Vを本件車両から振り落とすことの危険性について十分に認識した上で、あえて甲をしてその行為に及ばせたものと推認するのが相当である。そして、乙は、盗難車である本件車両に同乗していたのであって、ガソリン代金の支払や逮捕を免れることについて、自らも相応の利害を有していたことをも考慮すれば、乙の上記一連の言動は、甲の実行行為としての本件運転行為を精神的に幫助したにとどまるとみることはできず、ガソリン代金の支払を免れるため、Vが死亡するに至るかもしれないことを認識しながら、あえてVを走行中の本件車両から振り落とすことについての共謀があったというべきであって、乙についても、強盗殺人未遂罪の共同正犯が成立することになる。

なお、丙は、蔵匿以外の方法により官憲による発見・逮捕を免れしめる行為をしているため、犯人隠避罪（103条）が成立する。

参考判例（裁判例）

神戸地裁平成16年11月29日（LEX/DB25410613）