

## 刑法総論編

### 第1編 刑法の基礎理論

#### 第1章 刑法の目的

刑法 犯罪と刑罰に関する法

犯罪 刑罰を科すべき行為

→刑罰を科してまで守ろうとする利益(=法益)を侵害する行為

#### 刑事法の特徴

- ・国民全体の利益を守ることを主眼とする
- ・法的安定性の重視・明確性の強調→処罰に不公平があってはならない
- cf. 合目的性

#### 刑法の機能・役割

- ・犯罪防止機能(法益保護機能)  
犯罪予防(一般予防), 犯罪者の再社会化(特別予防)
- ・自由保障機能  
刑法に書いてあることしか処罰されない  
→行動の予測可能性が確保される, 刑罰権の濫用抑止

#### 日本の刑法典の特徴

- ・条文が少ない, 包括的で法定刑の幅が広い→解釈・裁判官の裁量が広い

## 第2章 刑法理論の対立

### 【論点】 刑罰制度の正当化根拠

目的刑論 犯罪防止の目的のために刑罰を科すとするもの

×特別予防の重視に傾くのは危険

応報刑論 刑罰は犯罪に対する公的応報

#### \* 相対主義

応報刑論でありながら、一般予防効果を積極的の承認

### 【論点】 刑罰を科す対象

新派から→危険な行為者（主観主義＝行為者主義）

旧派から→行為（客観主義＝行為主義）

### 【論点】 刑法学派の争い

#### 旧派

- ・人→自由意思によって犯罪を犯す
- ・刑罰は自由意思に基づく行為への非難（道義的責任論）  
絶対的応報刑論（学者により相対的応報刑を採用）
- ・法と倫理の峻別，罪刑法定主義，客観主義の徹底  
↓ 社会の変化（資本主義の矛盾・少年犯罪）

#### 新派の登場

- ・人の自由意思の否定→犯罪は原因があるから発生する
- ・社会にとって危険な性格を持つ者を処罰，目的刑論・教育刑論
- ・主観主義刑法

## 第2編 犯罪論

### 第1章 犯罪論と罪刑法定主義

#### 1 犯罪論体系の意義

犯罪論体系＝刑を科すべき行為を特定するためのもの

- ・ 法的安定性→不公平をなくす必要

#### 2 現代における犯罪理論

処罰は重大な人権侵害→犯罪の成否は慎重に考えるべき

- ・ 犯罪→（犯罪）**構成要件**として刑法上規定  
構成要件＝処罰されるべき行為を類型化→原則として違法性・有責性ある行為  
↓ しかし、例外＝犯罪成立阻却事由
- ・ 違法性があるか
- ・ 責任があるか

#### 3 罪刑法定主義

法律がなければ、刑罰・犯罪がないとする原則（憲法 31 条）

派生原理

- ・ 法律主義＝慣習刑法の否定
- ・ 事後法の禁止＝刑法の不遡及
- ・ 絶対的不定期刑の否定
- ・ 類推解釈の禁止 cf. 拡張解釈は許される

## 第2章 構成要件

### 1 構成要件の意義

#### 構成要件の種類

- ・ 基本的構成要件…刑法第2編「罪」に規定された個々の犯罪構成要件のこと
- ・ 修正された構成要件…未遂, 共犯

#### 基本的構成要件の構造

- ・ 客観的構成要件=実行行為・結果, 両者の間の因果関係
- ・ 主観的構成要件=故意・過失, 「行使の目的」など
- \* 主観的構成要件要素→前期旧派からは責任要素とする

## 2 実行行為

### 【論点】刑法上の行為観念

- ・行為＝（意思に基づく）人の身体の動静
- ・寝ぼけてなした行為・内心等を処罰範囲から省く
- 行為とは何か→行為の有無の判断基準
- 自然的行為論 意思に基づく人の身体の動静
- ×自然的には不作為は単なる無であるはずである
- 人格的行為論 行為者人格の主体的現実化と見られる身体の動静
- 社会的行為論 意思による支配の可能な、何らかの社会的意味を持つ運動または静止
- \*行為論を特に問題にしない立場もある

#### (1) 実行行為の意義

- ┌ 形式的意義…構成要件に該当する行為
- └ 実質的意義…法益侵害の結果発生の具体的・現実的危険性のある行為
- 例 飛行機が落ちて死ねばいいと思って飛行機に載せる
- 殺人罪の実行行為とはいえない

### 【論点】実行行為の意義

- 実行行為＝犯罪該当行為である
- ↓ 具体的・実質的には
- 犯罪結果（法益侵害）を惹起する程度の危険を有する行為のこと
- ∴刑法の目的は法益保護にある→これを中心に考えるべき
- ↓ 危険性の有無はどのように判断するか？
- 行為時に一般人が具体的・現実的な危険を感じるか
- ∴一般人に処罰範囲を明示するものだから

#### (2) 実行行為の機能…処罰範囲の明確化→①誰を②どんな刑で処罰するか

(3) 不作為犯…不作為によって犯罪が構成される場合

法益侵害の結果防止義務を刑法を用いて命じる→法益保護の実現

**不真正不作為犯**

・通常の構成要件（作為の形で規定）が不作為によって実現される場合

例 母親があえて子供にミルクを与えないで殺す

車で人をはねる→自動車に乗せ、そのまま捨て場所を探す

住み込みの使用人に折檻→大事に至ることを恐れ病院につれていかない

cf. 真正不作為犯 保護責任者遺棄罪など

**【論点】不真正不作為犯による犯罪の成否**

(1) 作為で規定された犯罪→不作為による実行行為性を認められるか

→認められる

∵結果発生危険を不作為によって実現することはできる

(2) 不作為犯→一定の期待された作為をしないこと

作為義務に反する犯罪

↓ しかし

不真正不作為犯→構成要件には作為義務の明示はない

不真正不作為犯の成立を限定する必要

∵全ての不作為を処罰するのは不当

（通りがかりの者までにおぼれている人を助ける義務があるわけではない）

↓ そこで

作為犯の実行行為と同視できる（**構成要件的同価値性**ある）不作為にのみ  
実行行為性を認める

**判断方法**

・重要な法益に高度な危険が生じていること

・結果防止が可能・容易であること

・**作為義務**の存在→先行行為、ひきうけによる排他的支配の設定

法令、契約・事務管理、慣習、条理などが参考にされる

(3) 不能犯

- ・ 行為の危険性が極端に低く、未遂として処罰に値しない場合
- ・ 客体の不能 死体を人だと思ってピストルで撃った場合
- 方法の不能 砂糖・イオウを飲ませて、人を殺そうとした場合
- cf. 幻覚犯 犯罪でないことを犯罪であると考え、実行した場合（例 不倫）

【論点】 不能犯と未遂犯の区別

不能犯・未遂犯の区別→結果発生の危険性の有無で区別される  
→危険性の有無はいかに判断すべきか

**客観的危険説**

イ 事情→行為後の事情まで含める，視点→一般人  
事後的に純客観的に判断すべきとする説  
×すべての未遂犯は不能犯ということになりかねない

ロ 事情→実行時を基準，視点→科学的一般人  
科学的合理的に結果発生の確率を判断するという説

**具体的危険説**

- ・ 一般人を基準に具体的危険の有無を判断  
→行為時に一般人が認識し得た事情，及び行為者が特に認識していた事情を基礎
- ∴刑法は一般人への行為規範  
→一般人から判断して結果発生の危険性がある場合は処罰すべき
- ∴基礎事情→特に行為者が知っていた事情を取り込まないと妥当な結論を導けない
- ×危険性をともなわない不安感まで処罰の対象とする必要はない
- ×危険性は本来客観的なものであるのに本人を基準に判断するのは妥当でない

3 結果

侵害犯→結果の発生が既遂処罰の条件，結果が発生しない場合は無罪 or 未遂

# 結果無価値の考え方

→危険犯・未遂犯の処罰根拠→法益侵害の危険を生じさせた結果が原因である

#### 4 因果関係

犯罪の成立条件→実行行為と結果の間に原因・結果の関係（因果関係）が必要

\*因果関係がないとき→未遂罪の成否が問題となる可能性

∴当該行為から結果が発生していない

##### (1)条件関係

実行行為がなかったならば、結果が存在しなかったであろうという関係

例 殴って怪我を負わせる→病院に行ったら、治療ミスで死亡

判断方法→条件関係の公式「あれなければこれなし」の関係の有無から判断する

##### 【論点】仮定的因果関係

例 Aが車でXをひく

Aがひかなくても後続のBが車でひいていたであろうと思われるとき

→条件関係の公式からすると、Aの行為とXの死は関係がない？

×このような結論は妥当ではない

↓ そこで

条件関係は現実に発生した行為についてのみ考えるべき

(現実に結果を引き起こした行為に因果関係を認める方が妥当)

##### 【論点】択一的競合

例 XYが（意思の連絡なく）Aを殺そうと同じウイスキーに致死量の毒を入れる

●Xの行為がなくてもAは死亡した、Yの行為がなくてもAは死亡した

XYの行為と死の結果との間には条件関係がない？

↓ しかし

XYが致死量の半分の毒を入れた場合→二人とも条件関係が認められる

結論の均衡が認められない

↓ そこで

条件関係の公式を修正できないか

##### 修正肯定説

・いくつかの行為のうち、すべての場合を除けば結果が発生しない場合

→すべての条件につき条件関係を認める

∴結論の妥当性、危険な行為をしながら未遂に止まるのは不合理である

##### 修正否定説

∴その犯人の行為がなくても結果は発生したのだから、因果性はない

∴未遂犯でも完全な罪責を問うるので不都合はない



【論点】因果関係の判断方法

(1) 因果関係の判断の方法

●条件関係がある上で→犯人に結果について責任を負わせられるかの問題

条件説（判例？）

・条件関係の公式さえ満たしていれば因果関係あり

×条件関係→無限に広がるおそれ

例 殺す意思でAに怪我をさせ、入院→老朽化した病院が地震で倒れ、A死亡  
この時に殺人既遂になるおそれあり

\* 因果関係の中断論

因果の過程で自然的事実や他人の故意ある行為が介入

→そこで因果関係が中断されるとするもの

・上記地震の事例のような場合に妥当性を図るための理論

cf. 因果関係の断絶

因果の流れとは無関係な原因から結果が発生した場合→条件関係がなくなるもの

例 XがAに5時間後に死ぬ毒を飲ませ、YがAを2時間後に射殺

相当因果関係説（通説）

・一般の社会生活上の経験に照らして通常その行為からその結果が発生することが

「相当」と認められる場合に刑法上の因果関係を認める説

・刑法上の因果関係を限定する点に主眼

行為時を基準に一般人の立場から相当性を判断する

\*行為時→行為時に存在した事情・この時に予見される事情のこと

(=判断の基礎事情という)

例 先の地震の事例→予見不可能だから、因果関係なし

(2) 相当性判断の基礎事情（相当因果関係説から）

**主観説** 行為者が認識し、認識し得た事情を基礎にする

×本人が知らなければ、因果関係がないことになりかねない

**客観説** 行為時に発生した全事情・予見可能な行為後の事情を基礎にする

・結果無価値論者がこの説をとる

∴因果関係は客観的に存在するか否かである

×条件説とあまり結論が変わらなくなる

**折衷説**

・一般人が認識しえた事情 + 行為者が特に認識していた事情を基礎事情にする

∴行為者にとって偶然的な事情を帰責の範囲から除外する必要がある

∴構成要件は責任類型→責任非難の前提

×内心によって事実があったりなかったりすることは不当

5 未遂

犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、その刑を減輕することができる。(43条本文)

(1)未遂の意義

**着手未遂** 実行行為に着手し、途中でやめた場合

**実行未遂** 実行行為が終了→結果が発生しなかった場合

効果→刑の任意的減輕

ただし、処罰は例外的(44条)→重大な法益侵害の危険ある場合のみ

∴処罰の必要性があることが少ないから

**処罰根拠** 法益侵害の危険性を生じさせた点

未遂と似た概念

- ・予備 犯罪の実行の着手にいたらない準備行為
- ・陰謀 複数の者の間での犯罪の合意がある場合  
内乱罪等で処罰されるのみ

(2)実行の着手

- ・処罰するか否かの基準になる→特に未遂処罰の基準
- ・着手の有無の判断方法  
実効行為＝犯罪構成要件の実現に至る現実的危険性を含む行為を開始しているか

【論点】実行の着手の有無の判断方法

●どのような行為が行われた時点で着手ありとすべきか

例 強姦しようとしてトラックの中に引き込んだ  
放火をするためにガソリンを部屋の中にまき散らす

実質的行為説

- ・実質的な結果発生の危険性が高まる行為がある時点で着手あり
- ∴未遂犯の処罰根拠→結果発生の現実的危険の惹起
- 実行の着手も右危険が高まる行為の開始に求めるべき

cf. 形式的行為説 構成要件該当行為の開始をもって実行の着手とする

結果説

- ・結果発生の危険性が高まった時点を実行の着手時期とする
- ∴危険の発生は、正犯の行為と離れて考えざるを得ない
- 例 爆弾小包を郵送する場合

#着手がないとき→予備・陰謀、不能犯などの問題になる

(2) 中止犯（中止未遂の場合）

ただし、①自己の意思により、②犯罪を中止したときは、③その刑を減軽し、又は免除する。

中止未遂の要件

- ・自己の意思により（→①）、犯罪の実行を中止すること（→②）  
＝犯罪を実行できるのに、あえてやめたこと
- cf. 障害未遂 中止未遂以外の未遂

中止未遂の効果 刑の必要的減軽・免除（→③）

【論点】中止犯の規定の法的性質

政策説

- ・犯罪を思いとどまった者に褒賞を与える点に中止犯の制度の趣旨がある
- ×刑の必要的減免を認めるに過ぎない  
→犯罪の完成を阻止する効果はそれほど期待できない
- \*政策的観点を全く否定するのは妥当でない
- ∴犯罪を完成を阻止する効果は皆無ではない

違法性減少説

- ∴故意の放棄，結果の発生の防止行為→反社会性を減少させる

責任減少説

- ∴思いとどまった行為者への非難は弱まる
- ×いかに責任が減少しても未遂（犯罪成立）としている  
→責任阻却だけでは説明できない
- \*現実には折衷説が多い

【論点】「自己の意思で」止めたといえるには

**客観説** 一般人を基準に判断

- ・社会通念上一般に障害にならない事情しかないのに、犯罪を中止したといえるか
- ・違法性減少説から導きやすい

**主観説** 行為者を基準に考える

- ・行為者にとって犯罪の実行が可能であったのに、犯罪を中止したといえるか
- ・責任減少説から導きやすい

↓ さらに主観説から

イ、たとえできるとしても欲しなかった場合を中止犯とする

ロ、(責任減少説から) 広義の悔悟が必要とする説

×悔悟の念がなくとも責任非難の減少する場合は考えられる

**折衷説**

→どのような外部的事情があつて、行為者がこれに対しどのような認識を持ったか

- ・外部的事情がある程度必然的に中止を決意させた場合が障害未遂
- ・外部的事情に触発されたにせよ、自由な意思によって中止した場合は中止未遂

∴人の意思決定は外部的事情に基づいてなされるのが通常

→これだけで直ちに自己の意思の要件は否定できない。

∴外部的事情の性質のみで中止犯の成否を決めることは画一的に過ぎる

【論点】中止＝「止めた」の意義

●中止行為→どの程度の行為が必要か

- ・着手未遂(着手後実行行為終了前)→単に実行行為を止めればよい

∴実行行為が終了しなければ結果は発生しないから

- ・実行未遂(実行行為終了後)→結果発生防止の努力が必要

∴実行行為は完了し、実行行為を中止できない

●その努力は真摯なものである必要があるか？

**あるという説**

∴報償を与えるに値するものである必要がある

**ないという説**

∴このような要件は条文からは読みとれない

\*ただし、結果防止にとって必要かつ相当な行為がなされねばならない

【論点】中止行為があるが、結果が発生しえなかった場合

例 毒を飲ましたが、解毒剤を飲ませて必死に介護

→実は毒は致死量でなかった

●中止行為と結果の防止との間に因果関係は必要か？

条文上は「より」とあり必要だが……

中止犯の規定の準用を認めるべき

∴致死量の毒を飲ませた場合との均衡

∴違法性・責任減少が認められる。報償も与えるべき

【論点】中止行為があるが、結果が発生した場合

例 必死の介護にも関わらず結果が発生した場合

中止犯の規定を準用すべきとする説（責任減少説から）

×43条は未遂犯の条文→中止犯の規定は結果不発生の場合に限定される

×結果が発生した場合は報償を与えるべきでない

中止犯の規定の適用・準用はないとするのが妥当

## 6 故意（構成要件の故意）

### (1)故意の意義＝罪を犯す意思

- ・主観的構成要件要素→阻却されると構成要件該当性がなくなる

#### 故意の分類

- ・ **概括的故意** 誰に結果が発生するか不確定な場合  
例 人混みに爆弾を投げ込む
- ・ **択一的故意** 結果発生範囲は確定できる  
→どこに結果が発生するか不確定な場合  
例 パーティーの飲み物の中に一つだけ毒入りの飲み物を混ぜておく
- ・ **未必の故意** 結果の発生自体が不確実な場合
- ・ **条件付き故意** 犯罪遂行が一定の条件にかかっている場合
- ・ **構成要件の故意** 構成要件該当事実の認識  
責任故意 それ以外の犯罪事実の認識（犯罪成立阻却事由の不認識）

#### 故意の効果

罪を犯す意思がない行為は、罰しない。（38条1項）

故意ない場合は処罰されない→過失犯処罰が例外であることの現れ

\*場合によって過失罪の成否を検討

#### 【論点】故意責任の本質

- ・故意→あえて犯罪を行うとなぜ処罰の対象になるか
- ・犯罪事実の認識→反対動機を形成する機会が与えられる  
あえて行為をした者＝重い非難をすることができる  
↓ 犯罪事実とは？  
原則として**構成要件該当事実**の認識があれば、故意が認められる  
例 認識が適法な場合→故意は阻却、犯罪は不成立

#### 【論点】故意の意味

- **表象説** 犯罪事実の認識をもっていたりる  
×未必の故意と認識ある過失の区別が困難
- **認容説** 犯罪事実の認識のみならず認容まで要求する
- **動機説** 認容まで不要だが、認識を自己の行為動機としたことを要する

## (2) 錯誤

錯誤＝客観的に発生した事実と行為者の認識がずれている場合

**事実の錯誤** 犯罪事実に対する錯誤

- ・抽象的事実の錯誤 錯誤が他の構成要件にまたがる場合  
例 マネキンだと思ってピストルで撃ったら人だった（器物損壊罪と殺人罪）
  - ・具体的事実の錯誤 錯誤が同一構成要件の中に収まる場合  
例 Aかと思ってピストルを発射したらBだった（いずれも殺人罪）
- cf. 認識において構成要件該当性がない場合→無条件に故意を阻却する

**法律（違法性）の錯誤**＝自己の行為を法的に許されたものと錯誤すること

例 人を殴るのが悪いことだと思わないで殴った

## 錯誤の刑法における意味

故意がない場合→錯誤がある

↓ ただし

錯誤があっても必ずしも故意を阻却するとはいえない  
（些細な事情に勘違いがあっても、故意は阻却しない）

↓ 故意を認めるには？

原則→犯罪事実＝構成要件該当事実の認識

↓ ただし

故意犯成立に構成要件該当事実全部への正確な認識が必要なわけではない

例 ピストルで頭をねらったら、胸にあたって人が死んだ

↓ 結局

構成要件該当事実をどの程度正確に認識すれば故意があるかを判断する必要性

\* 構成要件該当事実とは？

- ・行為（首を絞める）、結果（人が死ぬ）、因果関係（首を絞めたから死んだ）

(3) 具体的事実の錯誤

**客体の錯誤** 犯罪の被害者を間違えた場合

例 Aだと思って殴ったらBだった

**方法の錯誤** 思わぬ所に被害が発生した場合

例 Aを殴ろうとしたら、よけられて、そばにいたBに当たってしまった

【論点】 具体的事実の錯誤

**抽象的符合説**

- ・およそ構成要件該当事実の認識があれば故意を認める
- × 反対動機を形成する機会が与えられていないのに、故意責任を認めるべきでない

**具体的符合説**

- ・故意の成立に認識した内容と、発生した事実の具体的一致を要求  
まさにねらった客体に結果が発生することを要求
- ・客体の錯誤では故意は阻却しない、方法の錯誤では故意を阻却する
- × 右腕を切ろうとして左腕を切った場合はどうするのか

**法定的符合説**

- ・認識した内容と発生した事実が構成要件の範囲内で符合していれば故意あり  
傷害罪なら「人」の範囲で一致していればよい
- ・客体の錯誤・方法の錯誤とも故意を阻却しない
- ∴ 故意責任の本質→反対動機の形成可能性  
構成要件に該当する事実の認識があれば反対動機の形成ができる

\* 法定的符合説と故意の個数

例 Aを殺そうとピストルを撃ったら、A Bにあたり、両者死亡

● 殺人罪は誰に成立するのか

**数故意説** A B両者への故意を認める→殺人罪が二罪成立

× A B二つの犯罪が成立するのは故意の内容を越えているのではないか  
(再反論) 観念的競合となり、刑の不均衡は生じない

**一故意説** A Bいずれかにしか故意を認めない→殺人罪は一罪のみ成立

∴ 故意は一つの客体に結果が発生した時点で消滅

× あまりに技巧的に過ぎる



(4) 抽象的事実の錯誤

①重い罪に当たるべき行為をしたのに、②行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者は、③その重い罪によって処断することはできない（38条2項）

例 マネキンだと思ってピストルで撃ったら人で、人が死んだ

①重い罪にあたるべき行為→客観面の問題（例なら殺人）

②その重い罪にあたることとなる事実を知らなかった

例 器物損壊のつもり→相手が人であることを知らない

③重い罪（例 殺人罪）によって行為者を処罰することはできない

【論点】抽象的事実の錯誤

\* 重い罪にあたる行為をしながら重い罪の故意がない場合

→軽い罪で処罰するのか、それとも無罪か

\* 軽い罪にあたる行為をしたのに、重い罪を認識していた場合はどうなるのか？

（例 殺人のつもりでピストルを撃ったら、マネキンに当たった）

抽象的符合説からの帰結

・認識内容と発生結果とが危険性の点で抽象的に符合していれば故意を阻却しない

∴錯誤がどんな犯罪にまたがっていても38条2項の範囲で既遂犯を認める

→軽い限度で犯罪が成立する

法定的符合説からの帰結

・構成要件の範囲内での符合もない場合→原則として、故意は阻却される

↓ ただし

両構成要件に実質的な重なり合いが認められる場合→その限度で故意成立

例 同意殺の故意で殺人を犯した場合→故意犯不成立とするのは不当

例 麻薬だと思って覚せい剤を運搬した場合

→違法有害物質であることの認識があれば故意を問うてよいのではないか

↓ そこで

判断基準

①行為態様②被侵害法益

\* 具体的符合説からの帰結

・具体的に符号しているなら、故意を認めることは可能

構成要件に該当する生の事実→これを正確に認識していたら、故意を認める

構成要件ごとに故意を考えるということ

【論点】因果関係の錯誤

例 首を絞めてぐったりする→死んだと思って海岸に捨てたら、砂をすって窒息死

因果関係の錯誤を考える立場

∴因果関係は構成要件に該当する事実

故意は構成要件該当事実の認識→判断するのは当然

↓ いかに判断すべきか

法定的符合説から

・不一致が相当因果関係の範囲内にある限り故意を阻却しない

↓ 言い換えると

事前に予見した内容・実際に進行した結果→構成要件内で符合している

\*因果関係の錯誤を考える必要がないとする立場

∴行為から偶然でなく発生した結果のみを帰責させる

→因果関係の相当性の判断のみで妥当な結論を出しうる

【論点】間接正犯と錯誤

●間接正犯の故意で、教唆犯を犯した場合→いかにして処断すべきか

・法定的符合説からの処理→軽い罪の限度で罪責を負う＝教唆犯成立

∴間接正犯の故意は教唆犯の故意を含む

(他人を利用して法益侵害の結果を発生させる点で共通)

∴間接正犯は教唆犯よりも犯情の点で罪責が重い

\*道具が途中で(利用行為終了後に)正犯となった場合

例 看護婦が医師に投薬指示を受けた後、投薬をするまでに医師の意図に気がつく

→そのまま投薬して患者を死に至らしめた場合

間接正犯の着手時期と関係する

・被利用者標準説から 間接正犯と教唆の錯誤の問題となる

・利用者標準説から 因果関係の錯誤とする or 間接正犯の未遂犯と教唆が成立

【論点】規範的構成要件要素の錯誤

規範的構成要件要素＝裁判所の評価が必要な構成要件要素

例 わいせつ物頒布罪などで文書のわいせつ性

公務員の職務の適法性

●故意の成立のため規範的構成要件要素を認識している必要はあるか

・全く認識が不要ということできない

正確な認識を要求することもできない

∴ 専門家的な認識までは必要ない→素人的な認識で足りる

例 わいせつ性の認識

・通常これはわいせつだとされているとの認識がある→故意ある

・全くわいせつだと思っていない→故意なし

【論点】作為義務の錯誤

例 おぼれている子供→父親は、容易に助けられるのに助けなかった

(1)他の子供が溺れていると思った場合

(2)自分は助ける義務がないと思った場合

作為義務を規範的構成要件要素として処理する説

(1)自分の子供だと認識していない場合→故意はない

(2)自分の子供が溺れているのに助けなくてよい

→不真正不作為犯としての故意は十分存在する

二分説による処理

\*保証人的地位＝構成要件要素（例 親であること）

保証人としての義務＝違法要素（例 親は助ける義務がある）

↓ 二分して

前者は事実の錯誤，後者は，法律の錯誤として処理する

×このように二分できるとは限らない

【論点】早すぎた構成要件実現（応用問題）

第一の行為が実行行為といえるか→いえなければ，過失犯の成否の問題

↓ 実行行為といえる場合

一種の因果関係の錯誤の問題として処理する

(4) 法律の錯誤（違法性の錯誤）と故意

法律の錯誤＝法的に許されていると誤解→違法性の意識が欠けることになる

①法律を知らなかったとしても、②そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない。ただし、③情状により、その刑を減軽することができる。（38条3項）

- ①法律を知らない→法律で禁止されていると知らない，許されると考えた場合  
∴違法性の意識がないことをさす
- ②「罪を犯す意思」→故意がないとはできない，故意あり
- ③どんな場合も完全に処罰するわけではない。刑を減軽できる

【論点】法律の錯誤と故意

不要説（判例）

- ∴犯罪事実認識の有無によって犯罪の成立範囲を限定すれば十分
- ×あまりに必罰主義的である

厳格故意説 違法性の意識ない場合は処罰できないとする説

- ∴違法性の意識ない場合→他行為可能性がない
- それでも処罰するのは，責任主義に反する

×確信犯の処罰が困難である，「法律」を刑罰法規と解することはできない

制限故意説 違法性の意識は不要だが可能性で足りる

- ∴違法性の意識の可能性がある場合は故意責任を問うべき
- ×故意という言葉からして可能性で足りるとするのは無理がある

責任説

- ・故意の成立と違法性の意識は関係ない（ここは不要説と同じ）
- ・ただし，違法性の意識の可能性を責任要素とする  
→違法性の意識の可能性のない場合は責任を阻却する

★特別ゼミ～故意責任があるかの判断方法

1) 具体的事実の錯誤～客体の錯誤の場合→いかなる説に立っても故意は阻却しない

例 Aかと思って、ピストルを撃ったらBだった→いかなる説でも殺人罪成立

2) 具体的事実の錯誤～方法の錯誤の場合

・ Aを殺そうとした事例→ Bが近くにいたとすれば4つの場合が考えられる

a. A死亡, B怪我

抽 法 (数故意)

A殺人, B殺人未遂 A殺人, B殺人未遂

法 (1故意) 具

A殺人, B過失致傷 A殺人, B過失致傷

b. A怪我, B怪我

抽 法 (数故意)

A殺人未遂, B殺人未遂 A殺人未遂, B殺人未遂

法 (1故意) 具

A殺人未遂, B過失致傷 A殺人未遂, B過失致傷

c. A怪我, B死亡

抽 法 (数故意)

A殺人未遂, B殺人 A殺人未遂, B殺人

法 (1故意) 具

A過失致傷, B殺人 A殺人未遂, B過失致死

d. A死亡, B死亡

抽 法 (数故意)

A殺人, B殺人 A殺人, B殺人

法 (1故意) 具

A殺人, B過失致死 A殺人, B過失致死

3) 抽象的事実の錯誤～構成要件に重なり合いがない場合

→抽象的符合説のみ軽い故意犯が成立する

例1 Aかと思ってピストルを撃ったら、Aの飼犬で、犬死亡。

・抽→器物損壊 ・法→無罪 ・具→無罪

例2 Aの飼犬かと思ってピストルを撃ったら、Aで、A死亡。

・抽→器物損壊、過失致死（観念的競合） ・法→過失致死 ・具→過失致死

4) 抽象的事実の錯誤～構成要件に重なり合いがある場合

→いかなる説でも軽い故意犯が成立する

例1 窃盗の故意で財物を奪ったら、客観的には遺失物等横領だった

・抽→遺失物等横領 ・法→遺失物等横領 ・具→遺失物等横領

例2 遺失物等横領の故意で財物を奪ったら、客観的には窃盗だった

・抽→遺失物等横領 ・法→遺失物等横領 ・具→遺失物等横領

5) 法律の錯誤について

・違法性の意識不要説→故意あり

・厳格故意説→故意なし

・制限故意説→違法性の意識の可能性があれば故意あり

・責任説→故意あり，違法性の意識の可能性があれば責任を阻却

## 7 過失

過失犯の刑法上の取扱い→例外的に処罰される（38条1項参照）

- ・処罰根拠は注意義務違反（結果予見義務・結果回避義務からなる）

例 車で誤って人を引く

人に気がつかなかった場合／気付いていたがよけきれなかった場合

### 過失の種類

- ・認識なき過失 結果発生の可能性を認識していない場合  
例 気がついたら車で人にぶつかっていた
- ・認識ある過失 行為者が結果発生の可能性を認識している場合  
例 人がいることには気がつく→俺のテクニックならぶつからないだろう

過失犯の構造

- ・客観面→過失行為，結果，因果関係
- ・主観面→予見可能性，結果回避可能性→注意義務違反

## 8 結果的加重犯

- ・故意の内容を超過した重い結果を生じさせた行為→基本犯よりも重く処罰する

例 傷害致死罪

### 【論点】重い結果と過失

例 傷害致死の成立

重い結果の発生について過失ないし予見可能性は必要か

過失不要説

- ・基本行為と重い結果との間に因果関係があれば足りる
- ・重い結果が当然予想される範囲内の効果といえる場合  
→責任を問うても責任主義に反しない

∴基本行為自体が、その性質上重い結果を発生させる高度の危険性を内包している  
→法律が結果を予見する義務を課している

過失必要説

∴無過失に発生した重い結果→責任を問うのは責任主義に反する

### 第3章 違法性

#### 1 違法性の意義

犯罪行為→違法＝悪い行為でなければならない

##### 【論点】違法性の意義

###### 法益侵害説

- ・違法行為→法益の侵害及び危険を及ぼす行為とする説
- ・ただし、より優越する法益を保護することは許される
- ・結果無価値→違法性の根拠を法益侵害の結果の発生のみを求める
- ∴客観主義の徹底→基準のみならず判断対象も客観的であるべき

###### 法規範違反説

- ・違法行為→規範に違反する行為とする説
- ・行為無価値→違法性の根拠を悪い行為に求める
- ∴客観主義刑法→判断対象が客観的である必要はない
- \*無価値とは悪いことという意味
- \*行為無価値・結果無価値いずれも要求するべき
- 規範に違反する法益侵害を処罰対象とする

##### 【論点】主観的違法要素の要否

###### 不要説

- ・法益侵害説から
- 処罰に値する法益侵害の結果の有無の判断→主観を問題とする必要がない

###### 必要説

- ・規範違反説から
- 主観的違法要素→主観を判断しなければ、違法か否か判断できない
- 例 猥褻罪と医者の治療行為、通貨偽造の行使の目的
- (違法性の本質を法規範違反に求める説)

##### 【論点】違法性阻却の原理

###### 法益衡量説 保護される優越的利益が存在するか否かで判断する

- ・違法性の根拠を法益侵害に求める説から

###### 社会的相当説 当該法益侵害に社会的相当性が認められる

- ・違法性の根拠を規範違反に求める説から



### 違法性阻却事由のカタログ

- ・ 正当行為，正当業務行為（35条）
- ・ 正当防衛（36条1項）
- ・ 自救行為（超法規的違法性阻却事由）
- ・ 緊急避難（37条1項・争いあり）
- ・ 可罰的違法性の理論（争いあり）
- ・ 被害者の同意（争いあり）

### 【論点】可罰的違法性の理論

刑罰法規は一定の違法性を予定する

∴科刑は重大な人権制約である

→違法性が軽微である場合は違法性を阻却するとすべき理論

・違法性判断は、まず法益侵害の量・質を問うべき

\*この理論を否定→構成要件該当性がなくなるとする説がある

## 2 正当防衛

### (1) 総説

①急迫不正の侵害に対して、②自己又は他人の権利を防衛するため、③やむを得ずにした行為は、④罰しない（36条1項）

- ①正当防衛の対象→急迫・不正の侵害
- ②自己又は他人の権利を防衛するため→防衛の目的が必要？
- ③やむを得ずにした行為→必要性・相当性
- ④これを罰しない→処罰されない（違法性阻却とは条文にはない）

### 機能

- ・近代国家→自力救済が禁止される
  - ↓ しかし
- ・緊急状態→国家の保護を待つ余裕はない場合
  - 自力救済の禁止→法が不法を擁護する結果になりかねない
  - 法益保護の必要性

### 正当化根拠

- ・自己防衛本能に基づく行為は処罰できない
- ・法確証の原理
- ・社会秩序の維持・安定
- ・優越的利益の原則（結果無価値から）、社会的相当性（行為無価値から）

(2) 急迫性

- ・法益の侵害が現に存在しているか、間近に迫っていること

【論点】急迫性の要件

1 攻撃をあらかじめ予期している場合

●正当防衛になるのか→なる

∴ 塀にガラスを埋め込む→忍び込もうとした人が怪我をした場合  
→この場合の正当防衛の成立を認めるべき

∴ 急迫性は客観的条件→防衛行為者の主観によって影響されるいわれがない

2 積極的加害意図がある場合

判例＝急迫性が失われるとする

↓ しかし

急迫性は客観的・明確な要件

存在するか否かは、防衛者の意思に関係ない

∴ 急迫性は認められる→防衛の意図の問題にすべき

3 自招危難（挑発行為がある場合）

例 「この〇〇！」と侮辱をして、殴りかかれる→逆に殴り倒す  
相手の攻撃が間近に迫っていれば急迫性はある（挑発行為は関係ない）

↓ ただし

●挑発行為による攻撃は当罰性が高い→処理は？

社会的相当性説

- ・社会的相当性を欠く反撃行為は防衛行為とはいえない  
(逆に法秩序を乱すことになることを防ぐ必要性)

4 喧嘩の場合

・正当防衛の観念を入れる余地がないとする見解（旧判例）

∴ 喧嘩両成敗

↓ しかし

一方の攻撃が新たな別個の侵害の開始と認められる場合

→正当防衛を認める余地あり

例 つかみ合いだったところで、一方がナイフを取り出す

(3)不正の侵害

【論点】不正の意義

●「不正」(36条1項)→刑法上の違法性か

刑法上の違法とする説

∴正当防衛は法の自己保全のために認められる  
→違法な行為に対しての防衛しか認めるべきでない

刑法上の違法性と別に考える説

∴処罰するための不正と正当防衛できる不正の侵害とは別に考えるべきである  
→動物でも不正の侵害はなしうると考えるのが常識的である

【論点】対物防衛の可否

対物防衛否定説

∴「不正」は刑法上の違法→物は刑法上違法な行為はできない  
∴所有者・管理者に過失があるときは、正当防衛が認められる  
→結論は不当にならない

対物防衛肯定説

∴無過失ならば緊急避難しか認められない→結論が不均衡  
∴「不正」は刑法上違法とは別の概念  
\*「不正」を刑法上の違法とする説から  
→正当防衛に準じて違法性阻却を認めるべきとの考え方もある

(4) 防衛の意思

【論点】 防衛の意思の要否

- 「防衛するため」とは防衛の意思を指すのか

必要説

- ∴ 行為無価値→主観的正当化要素を認めるべき
- ∴ 防衛行為の社会的相当性の判断→防衛する意思を必要とすべき
- ∴ 行為は主観と客観の統合体→主観的正当化要素は認められるべき

不要説

- ∴ 結果無価値→内心が違法性の存否に影響することを否定
- ∴ 不正な侵害者→保護すべき法益が欠ける  
この点は反撃をする者の意思に関係ない

【論点】 偶然防衛の当罰性

例 AがBをピストルで撃つ→たまたまBもAをピストルで撃とうとしていた場合

● 偶然防衛は正当防衛か

- ・ 防衛の意思 必要説 (偶然防衛は正当防衛でない)
- ・ 防衛の意思 不要説 (偶然防衛は正当防衛である)

● 刑をどのように処断すべきか

偶然防衛による違法性阻却→否定説から

- ・ 既遂説 ∴ 違法性阻却の対象は構成要件に該当する事実全体
- ・ 未遂説 ∴ 結果無価値が欠ける

肯定説から

- ・ 未遂説 ∴ 法益侵害の危険が存する
- ・ 無罪説 ∴ 正当防衛は行為の危険性も正当化するものである

【論点】 防衛の意思に防衛の意図は必要か

- 必要説から→防衛の意思の内容が問題となる

防衛の認識で足りるという説 (防衛の意図までは必要ない)

→ 防衛行為は興奮・逆上して反射的になされるものであるから

∴ 防衛の意思→急迫不正の侵害を認識しつつそれを回避しようとする心理状態

\* 積極的加害意図がある場合→もはや防衛の意思はないというべき

- ・ 侵害を回避しようとする意思すら認められない

(5) やむを得ずにした行為

- ・ 防衛行為の必要性 防衛のために必要のない行為をしてはならない
- ・ 防衛行為の相当性 行為自体が危険すぎないか、必要最小限度か(やりすぎでないか)

【論点】 防衛行為の結果が他人に生じた場合

例 身を守るために石を投げたら、近くを通った人に当たった場合

緊急避難とする説

- ∴ 正の者に反撃することで現在の危険を回避したというべき
- ∴ 防衛の意思には避難の意思も含まれる

誤想防衛の一種と解する説

- ∴ 正当防衛の故意で、正当防衛が成立しなかった場合である
- ・ 故意を阻却すると考えることになる

(6) 過剰防衛

- ・ 防衛の程度を越えた場合→刑が減輕，免除できる（36条2項）
- 例 素手の侵害に対して，鉄パイプで反撃

【論点】 減免の根拠

- ∴ 緊急状況においては行き過ぎがあっても強く非難できない
- ∴ 不正行為から自分を守る行為→違法性が減少している
- ∴ 違法性も責任も減少するというべき
- \* 特に過剰防衛の要件があるとの誤認がある場合の効果に関わる
- # 議論の実益→誤想過剰防衛において36条2項の定めを準用可能か

【判例】 過剰防衛の成否（応用問題）

事例 被害者が鉄パイプで甲を攻撃→甲が反撃

→被害者が鉄パイプをもって甲を追いかける

→勢いあまって手すりの外側に上半身を乗り出す恰好になる

→足を持って下に落とし、コンクリートに転落させる

● 下線部における甲の罪責を判断するのに問題になる点

- ・ 急迫性は認定できるか→なければ，過剰防衛も成立しない
- ・ 攻撃力の減弱，コンクリートに転落させることの危険性
- 反撃の程度は過剰

×過剰とするといかなる反撃をすればよかったのか

3 緊急避難

①自己又は他人の生命，身体，自由又は財産に対する②現在の危難を避けるため，③やむことを得ずにした行為は，④これによって生じた害が避けようとした害の程度を越えなかった場合に限り，罰しない（37条1項本文）

- ①被侵害法益に限定がある
- ②現在の危難→現在性 正当防衛における急迫性と同じ
- ③やむことを得ずにした行為  
正当防衛におけるよりも厳格に判断される（補充性の要求）
- ④法益の権衡を要求  
③④が欠けると過剰避難の問題になる（37条1項但書）

【論点】緊急避難の正当化根拠

**違法性阻却事由説（多数説）**  
 ∴社会的に相当な行為である  
 ∴より優越する法益を守ることは緊急事態では違法でない  
 \*責任阻却事由説  
 ×他人の行為についての緊急避難→この場合期待可能性がないとはいえない  
 ×法益の均衡を要求されていることの説明が難しい

\* 正当防衛との比較

	侵害法益との関係	防衛の程度	補充性
正当防衛	正対不正	防衛の程度が相当であればよい	不要
緊急避難	正対正	厳格な法益の均衡が要求される	必要

#### 4 その他の違法性阻却事由

##### (1) 正当行為

法令または正当な業務による行為は、罰しない（35条）

- ・ 違法性阻却の総則的存在
- ・ 法令による行為
- ・ 業務行為
  - \* 社会生活上の地位に基づいて反復・継続される行為
- ・ 自救行為など

##### 【論点】 自救行為

正当防衛を認めるだけの侵害の急迫性・現在性は存在しない

↓ しかし

国家機関の救済を待っては権利の回復が困難になる場合

→ 侵害者に対し自ら実力により救済を図る行為

一般的には肯定される（超法規的違法性阻却事由）

∴ 国家機関が法秩序の回復をするいとまがないのは正当防衛と同じ

そのまま放置すれば法が不法を擁護する結果となりかねない

↓ ただし

・ 安易に広く認めることはできない→ 厳格な基準のもとで認められる

∴ 自力救済の禁止の趣旨を没却するおそれ

##### 要件

- ・ 回復すべき権利の正当性
- ・ 回復手段の相当性
- ・ 回復の必要性・緊急性
- ・ 相手方の侵害の程度



(2) 被害者の同意

- ・被害者が法益侵害について承諾をなす場合→結果が発生しても処罰されない
- ・傷害罪・暴行罪で問題となる
- \*他の場合→構成要件該当性がなくなる場合，構成要件が変更される場合  
犯罪の成否に影響がない場合など

【論点】被害者の同意の処罰阻却根拠

違法性阻却説（通説）

- ∴行為無価値から→同意がある場合は社会的相当行為と言える
- ∴結果無価値から→放棄により保護すべき法益がなくなる
- \*構成要件該当性阻却説
- ∴同意によって処罰を否定される犯罪類型の大半→構成要件を阻却する  
構成要件は処罰に値する法益侵害の有無を判断する
- ×条文には，同意のないことは要求されていない

【論点】被害者の同意による処罰阻却の要件

- 犯罪成立阻却の要件が不明確である
- ・同意の内容が被害者にとって処分可能な法益に関すること
- ・自ら有効な同意をなすこと（なければ錯誤に基づく同意の問題）
- ・同意が行為時に存在していること  
さらに，主観的違法要素を認める立場＝行為無価値の立場から
- ・同意の表示，同意の認識
- ・同意の態様に社会的相当性があるか

【論点】いかなる傷害においても同意は有効か

一部＝重大な傷害に対する承諾を無効とする説

- ・行為無価値から→重大な傷害を加えることは社会的に相当な行為とはいえない
- ・結果無価値から  
生命に危険を与える程度の重大な傷害→法益の自由な処分は認められない  
cf. 同意殺は違法・有責行為

すべて処罰されないとする説

- ∴重大な傷害の場合は殺意を認定できる→結論の妥当性あり  
傷害行為を一部は同意のみで不可罰として扱うのは困難
- \*承諾した以上の傷害を与えた場合→違法性は阻却されないことで争いなし

【論点】 錯誤に基づく同意

錯誤は同意の有効性に影響がないとする説

・法益侵害について意味を認識して同意→同意自体には何ら錯誤がない

cf. 傷害の意味を認識していない場合の同意は無効

同意は無効とする説

・外見上同意があったように見えても、真実においての同意はないというべき

【論点】 推定的同意

●被害者は同意を与えていない

↓ しかし

事態を正しく認識していれば同意したであろうという場合→違法性を阻却するか

例 意識不明の負傷者を医者が手術する行為

被害者の同意説

∴同意が推定される場合→同意を実現する行為は社会的相当性がある

緊急避難説

∴実際には同意がない→一般の正当化事由による必要がある

## 第4章 責任

### 1 責任主義

**責任主義の原則** 行為者を非難し得ない場合には処罰できない

- ∴道義的非難を向けられない行為の処罰→国民が納得しない
- ∴日常の行動における予測可能性が確保される
  - 訳の分かっているとき正当に振る舞えば処罰されない
  - (刑罰を科されるのが運・不運に左右されてはならない)
- ∴刑罰の効果が期待できない場合は処罰すべきでない(目的と手段の合理的関連性)

### 責任の有無の判断方法

- ・責任追及の根拠

自由意思に基づいて違法行為を行った者→道義的に非難することができる

↓ 道義的に非難できる場合とは?

「他の行為を行うことが可能であり、すべきだったのに、あえて犯罪行為を行った場合」

### 責任がない例

- ・故意・過失がないとき
- ・責任能力がないとき
- ・期待可能性がない時

\*故意は構成要件でもその有無が判断される

### 【論点】責任非難の根拠

旧派→自由意思によって犯罪を犯しているから

∴自由意思によらない行為は処罰されない

新派→社会にとって危険な性格を有しているから

## 2 故意（構成要件該当事実以外の認識について）

- ・故意がなく、故意犯不成立→過失犯の成否が問題となることがある
- ・故意を阻却しないが責任を阻却するとする説→そのまま犯罪不成立となる

### 【論点】違法性阻却事由の錯誤

#### ●違法性阻却の要件があると誤信した場合の処理

例 後ろから肩をたたかれたので、おそわれると思い振り返りざまにナイフで刺す  
→肩をたたいたのは、驚かせるためだった（誤想防衛）

#### 事実の錯誤説

∴正当化事由があると信じた以上、犯罪事実の認識なし  
→反対動機の形成可能性がなく、故意が阻却される

#### 法律の錯誤説

∴故意は構成要件該当事実の認識→正当化事由は構成要件に該当する事実ではない  
\*故意は成立するが、責任が阻却されるとする説もある

\*正当防衛が成立すると勝手に信じた場合（違法性阻却事由の認識はない）

→法律の錯誤の問題になる（法律上許されると誤信したに過ぎない）

例 盗まれたものをひょっこり発見→正当防衛だと信じて家に持って帰った場合

### 【論点】誤想過剰防衛

#### ●誤想過剰防衛の処理→類型ごとに判断

- ・急迫不正の侵害の有無に誤想があり、反撃が客観的には過剰な場合を考える

例 殴られる、と勘違いし、鎌で反撃した場合の処理

\*違法性阻却事由の錯誤は事実の錯誤とする

#### (1)反撃行為が相当なものだと思っている場合

例 鎌を木の枝だと思っている場合

→規範の問題は与えられないので故意は阻却される

#### (2)過剰であることに認識がある場合

例 鎌であることを知っている場合

故意犯成立（∴認識は過剰防衛→規範の問題は与えられるから）

↓ ただし

36条2項を限定して準用

∴認識が過剰防衛→過剰防衛と同様に処理すべき

∴ただ、誤想防衛の場合（過失犯の成立可能性あり）よりも軽く処罰するのは不当

→過失犯よりも罪は重くすべき、免除の準用はできない

\*過剰部分にだけ誤想がある場合

例 殴られそうになったので、木の枝で反撃しようとしたら斧だった

過剰防衛の一種として処理する→過剰部分に故意がないから、故意を阻却する

### 3 責任能力

#### 責任能力の意義

- ・ 事理の是非・善悪を弁別し、かつそれにしたがって行動する能力
- ・ 責任能力が欠ければ、刑事責任は追及できない  
(適法行為をなすことを期待できない)

- ①心神喪失者の行為は、罰しない。(39条1項)
- ②心神耗弱者の行為は、その刑を減輕する。(39条2項)

- ①責任無能力者→不可罰
- ②限定責任能力者→減輕される  
(心神喪失・耗弱 … 病氣, 覚醒剤, 酒による酩酊を原因とする)

#### 【論点】原因において自由な行為

例 酒を飲めば我を忘れて暴れる性癖がある者(一種の病氣)  
 →事情を熟知しながらも酒を飲み、人を傷害  
 (特に、酒を飲む時から、傷害を行うことを意図しているとき問題となる)  
 原則…責任能力ない者による犯行→責任が阻却され、無罪?  
 ↓ 有罪にするために

##### (1) 道具理論

- ・ 自らをあたかも道具として利用しているとみる→間接正犯と同様に解する
- ・ 原因設定行為が実行行為にあたる
- ∴責任能力は実行行為時に存在する必要→原因設定行為を実行行為とみるしかない
- ×実行行為といえるだけの危険性が原因行為にある場合はほとんどなく、結論が不当
- ×未遂罪の成立時期が早まりすぎる
- ×心神耗弱者は道具といえないから、本理論を適用できない

##### (2) 実行行為時に責任能力があることを要求しない説

- ・ 一個の意思決定によって貫かれた一連の行為の最終の意思決定の時  
 →この時に責任能力があれば、行為全体に責任を問うことができる
- \*ただし、決意しただけでは危険性は不十分  
 →未遂となるのは、あくまで現実に危険性が高まったとき
- ∴責任能力ある時の決意に基づいて結果が発生→十分非難をすることはできる
- \*原因行為と結果行為との間に相当な因果関係があるとき  
 →完全な責任を問うるとする説もある

##### (1)と(2)の違い

- ・ 最初の事案で酒を飲んだら寝てしまった→(1)は未遂罪成立、(2)は否定
- ・ 酒を飲む行為の危険性→(1)は、殺人の実行行為といえるぐらいの危険性を要求

#### 4 期待可能性

- ・適法行為を行い得るであろうと期待し得る可能性

例 馬車に積載可能数以上の人数を運ぶことを強要される（断れば首になる）

→路上で横転して，人に怪我をさせる

## 第5章 共犯

### 1 共犯総説

共犯＝犯罪の主体が複数になる場合

#### 種類

**共同正犯** 犯罪行為の共同実行の意思と事実がある場合

cf. 共同実行の意思がない場合→同時犯とされる

#### 狭義の共犯

- ・教唆犯 人をそそのかして犯罪を実行させる行為
- ・幫助犯 正犯の実行を容易にする行為
- \* 他人を利用して犯罪をする場合→間接正犯

#### \* 正犯・共犯の概念の整理

**正犯** →単独正犯（直接正犯・間接正犯）  
共同正犯（実行共同正犯・共謀共同正犯）

狭義の共犯→教唆犯，幫助犯

#### 【論点】正犯と狭義の共犯の区別

- 犯罪の主体が複数の場合→これを区別する必要
- 実行行為を行ったか、それと同視できる者が正犯→同視するには？
- (1) 正犯意思の存在 (2) 行為支配性があること
- 正犯の行為に加功して犯罪結果を実現する者が共犯

#### 【論点】共同正犯と教唆犯・従犯・間接正犯の区別

- (1) 正犯か共犯か
- ・ 正犯の場合→(2)
  - ・ 共犯の場合→(3)
- (2) 共同正犯か間接正犯か
- ・ 意思の連絡の程度→連絡がないほど間接正犯に近づく
- (3) 教唆犯か従犯か
- ・ 正犯に犯意を起こさせるか，犯意ある正犯を手助けするか

## 2 共同正犯

### (1) 意義

①二人以上共同して犯罪を実行した者は、②すべて正犯とする（60条）

- ①共同して犯罪を実行→実行共同正犯・共謀共同正犯  
→謀議に参加しただけで犯罪行為に加担していない者かどうか
- ②「すべて正犯」＝一部実行全部責任の原則
- 例 2人で詐欺を共謀し、一人はだます、一人は金を受け取る  
2人とも詐欺の正犯として処断される

### 【論点】共同正犯の処罰根拠

- 本来すべての構成要件該当行為を行わないと、罪にならないが？
  - ↓ 根拠
  - ・行為者相互間に意思の連絡がある
    - 互いに他の一方の行為を利用し全員協力して犯罪を実行する場合
    - ↓
    - 物理的・心理的に犯罪の実行が容易になる→法益侵害の可能性が倍加
- ∴重く処罰し、禁圧の必要性



### 共謀共同正犯

- ・ 実行行為は分担しないが，事前に十分な共謀が存する場合  
→ 共同正犯を成立させる理論  
例 親分が子分に抗争中の組織の幹部を殺させる  
完全な詐欺の計画を立て，他人を仲間にして実行させる
- ・ 概念の必要性  
教唆とは言えない共謀が多くみられる  
犯罪計画立案の中心人物が実行行為には参加しないことが多い

### 【論点】共謀共同正犯

● 正犯とは，実行行為を行う者ではないか？

∴ 危険性のある行為を行わなければ正犯とは言えない

→ 謀議に加わったに過ぎない者を処罰するのは許されるのか？

主観・心理的事情を処罰しているのではないか？

#### 処罰肯定説

∴ 一部実行全部責任の根拠

→ 共同実行の意思と他人の行為を相互に利用・補充しあって犯罪を実現する点

↓ この点を満たしているならば

実行行為に向けて行為を共同する場合も正犯とすべき（共同の間接正犯）

\* 共同正犯の成立要件

- ・ 共同意思の存在 → 正犯としての意思が必要
- ・ 共謀の事実 → 実行と評価できるだけの共謀関係
- ・ 共謀者のいずれかによる実行行為の存在（少なくとも誰かは実行に着手をする必要）

(2) 共同正犯をめぐる諸問題

【論点】承継的共同正犯

先行行為者が実行行為の一部を終了→後行行為者が関与する形態の共犯  
 例 夫が強盗→心配して追いかけてきた妻が説得され、やむなく財物奪取に加功

●財産取得だけならば窃盗→妻も強盗罪の共同正犯として処罰できるか

否定説

・関与以前の先行者の行為については後行者の行為が因果性を持つことはあり得ない

一部肯定説

・先行者と後行者が相互に利用補充しあって一定の犯罪を実現することは可能

↓ もっとも

・後行者の行為と無関係な先行者の行為・結果に利用補充関係は認められない

∴利用補充関係が認められる限度で共同正犯の成立を肯定すべき

【論点】過失の共同正犯

例 工事現場で重い物を2人で運ぶ→重い物が下に落ち、通行人に当たって怪我

●共同正犯→意を通じることが核心

過失という心理状態(=無意識的行為)→意を通じるということは不可能では？

肯定説(判例)

・行為共同説→犯罪をする意を通じ合うことは共犯の成立に不要である

・犯罪共同説+新過失論から過失の本質は注意義務違反

∴過失犯にも注意義務違反としての実行行為が認められる

→これを共同して行うことは観念できる

否定説

∴犯罪共同説+旧過失論

→過失犯は無意識を本質とし、共同実行の意思は認められない

∴共同の注意義務と個人の注意義務はさほど異ならない。単独の過失犯とすれば足る

【論点】 予備の共同正犯

●意思の連絡の下に予備行為を共同すること→共同正犯として処罰できるか

否定説

∵ 43条, 60条の「実行」は基本的構成要件に該当する行為を共同することである

∵ 定型性の低い予備行為をさらに共同正犯として処罰→処罰範囲が広がりすぎる

肯定説 (判例)

∵ 予備行為にも実行行為を観念できる

＊ 犯罪実行の目的なく, 予備行為だけ共同した者の可罰性

→ 目的があることを身分とみる

【論点】 片面的共同正犯

● 共同実行の意思が一方にしか存在しないとき、共同正犯としての処断ができるか？

→ 否定すべき

∵ 共同実行の意思に欠ける

【論点】 結果的加重犯の共同正犯

例 共同して暴行→死亡

結果的加重犯の処罰根拠→基本となる犯罪に重い結果発生の危険がある点

↓ とすれば

過失不要説から

・ 基本犯を共同して犯した者→発生が当然に予想される結果について責任を問える

過失必要説から

・ 基本犯を共同して行う者→共同の注意義務を負うというべき

### 3 間接正犯

(1)意義 人を「道具」として犯罪を実行する場合

例 過失犯の利用（医者が事情を知らない看護婦に毒入り注射をさせる）

#### 【論点】間接正犯の成立範囲

##### かつての考え方

- ・責任無能力者を教唆した事例  
→極端従属性説から考えると、直接正犯にも教唆犯にもできない

∴間接正犯→処罰の間隙を埋めるもの

×正犯は共犯の判断に先行すべきである

↓

間接正犯も直接正犯と同視しうるかという観点から論じるべき

∴間接正犯も「正犯」である

#### 【論点】間接正犯処罰の根拠

##### 道具理論

- ・正犯＝実行行為をする者という建前を堅持
- ・規範的障害がない場合、被利用者は結果に向かって突き進む  
このような行為を利用する行為は実行行為性がある
- ×意思ある人間を道具と考えるのは無理がある

##### 利用者の行為支配性の有無によって正犯性を判断する見解

∴被利用者を支配してはじめて正犯性を認めうる

- ・正犯＝実行行為をした者以外に、それと同視できる者も正犯にしてよい
- ・行為支配性→自ら事の成り行きを操作したといえること

\*対応する正犯意思も必要

#### 【論点】間接正犯における着手時期

**利用者標準説** 利用行為の開始が実行の着手時期

∴道具を利用する行為は結果発生危険性ある行為である

×未遂犯の成立時期が早すぎる

**被利用者標準説** 被利用者による犯罪行為の開始があれば、実行の着手あり

**個別化説** 個々の具体的事案に照らして判断する

∴結果の発生の具体的危険が発生する時期を実質的に判断すべき

(2) 間接正犯における類型

- ・ 過失犯を利用する場合
- ・ 適法行為を利用する場合
- ・ 故意犯を利用する場合

【論点】 目的なき故意ある道具

例 印刷業者に「教材用」と嘘をついて偽造通貨を作らせる

間接正犯→成立する

- ∵ 目的がない者は犯罪事実を認識していない  
→ 違法性の意識ない，行為の支配可能性あり

【論点】 適法行為の利用

例 Aを騙して空手有段者のXに攻撃を加えさせる→Xの反撃でAが重傷

● 間接正犯となるか？

肯定説 ∵ 行為支配性がある

\* 否定説 ∵ あまりに偶然性の介在する部分大きい

【論点】異なる故意犯の利用

例 あんの布団をピストルで撃て→中に人がいたという場合

●器物損壊の故意ある者→器物損壊について違法性の意識ある

↓ しかし

殺人罪の事実を認識していない→殺人について違法性の意識を喚起できない

行為者による支配可能性あり

∴間接正犯成立

【論点】身分なき故意ある道具

例 公務員が自分の妻に賄賂を受け取りに行かせる場合

●身分ない者も十分に自分の行為の意味は分かるが？

↓ しかし

身分ない者には犯罪成立しない→違法性の意識喚起の可能性が低い

支配可能性があり、間接正犯が成立する可能性あり

\*被利用者は幫助

幫助でない場合は共同正犯が成立するというべき

【論点】故意ある幫助的道具

例 上司の命令で偽造文書と知りながらワープロを用いて文書を作成

●自ら実行行為を行っているが…

→単なる機械的行為を行っているに過ぎない場合

∴行為者は間接正犯における被利用者になりうる

\*上司と部下→実際には共謀共同正犯となる可能性が高い

#### 4 狭義の共犯（加担犯）

##### (1) 共犯理論～【論点】各共犯理論の関係

###### (1) 共犯の本質

- 共犯の成立に正犯の存在は必要か→実行従属性の問題  
共犯独立性説と共犯従属性説

###### (2) 従属性説にたつ→要素従属性の問題を考える必要

- 正犯は犯罪の成立要素のどの程度を備えている必要があるか  
制限従属性説，極端従属性説など

###### \* 罪名従属性の問題

- 共犯間で故意が異なる場合→罪名の一致を要するとすべきか  
行為共同説，犯罪共同説

###### (3) 共犯の処罰根拠

責任共犯論，因果的共犯論か

###### \* どの説を採るべきか

###### (1) 共犯の処罰根拠論→刑法の機能は法益保護にある

∴正犯を通じて法益侵害・危険を惹起したところに処罰根拠を求めるべき

###### (2) 共犯の本質（実行従属性の問題）

- ・従属性説を採るべき
- ∴共犯は正犯者を媒介として犯罪の実現に加担するのみ  
→結果発生に至る現実的危険性に乏しい  
正犯による法益侵害の危険が発生して初めて処罰すべき

###### (3) 要素従属性

###### 極端従属性説

- ・共犯の処罰のため正犯が責任まで備える必要がある  
× 14歳未満の者への犯罪の唆しがすべて間接正犯となるのは不当

###### 制限従属性説

- ・正犯は違法性まで備えれば共犯を処罰できる
- ∴共犯の処罰根拠→正犯を通じて法益侵害を行う点にある  
→正犯者が違法な行為をなしたことを要するというべき

###### \* 各理論間の関係

###### 共犯独立性説

- ・正犯の実行の着手不要，行為共同説，因果的共犯論を採ることになる

###### 共犯従属性説

- ・正犯の実行の着手必要→要素従属性の問題が出てくる
- ・犯罪共同説につながりやすい（行為共同説も採りうる）
- ・責任共犯論につながりやすい（因果的共犯論も採りうる）

(2) 教唆犯

- ・ 人に犯意を生ぜしめて犯罪を実行させること

他人を教唆して①犯罪を実行させた者には、②正犯の刑を科する。(61条1項)

①処罰条件→犯罪の実行に着手させなければならない

②教唆の効果→正犯に準じる扱い

\* 間接教唆 教唆者を教唆した者は教唆犯 (61条2項)

【論点】未遂の教唆

意義→結果が発生しないのを知りつつ犯罪を教唆した場合

例 ピストルに弾が入っていないことを知りながら、Aを撃てと教唆した場合

可罰説

∴教唆の故意は正犯の実行の着手，結果発生危険性の認識で足りるというべき

不可罰説

- ・ 故意の成立には結果発生認識が必要である

→犯罪結果発生が絶対ないと信ずる者を処罰することはできない

cf. 教唆の未遂

教唆したが，正犯が実行に着手しなかった場合→実行従属性の問題

\* 正犯が実行に着手した場合は未遂犯として処罰される

【論点】結果的加重犯の教唆

例 AがBに傷害を教唆→Bの暴行の結果，被害者が死亡

● 死の結果まで，Aは責任を負うか？

過失不要説→基本犯から発生が当然予想される結果については責任を問いうる

過失必要説→過失の教唆の問題

- ・ 教唆者も重い結果発生に特別の注意義務を負う

→過失がある限り，重い結果について責任を問いうる



(3) 幫助犯（従犯）

- ・ 実行行為以外の行為で正犯の実行行為を容易ならしめること

正犯を幫助した者は従犯とする（62条1項）

従犯の刑は正犯の刑を減輕する（63条）

【論点】 幫助の因果性

不要説

- × 因果的共犯論からはこの説をとれない

必要説

- ・ 結果発生が現実に促進されたことを要求する説
- × 幫助に「あれなければこれなし」というほどの条件関係は必要ない
- ・ 心理的促進でたりとする説
- \* 教唆犯も因果性は必要→ただし、かなり広く認められる

【論点】再間接教唆・幫助

教唆の例 公務員の奥さんの不倫相手の恋人が不倫相手を教唆  
→奥さんが公務員に対し、収賄を教唆するようにし向ける、と教唆する  
恋人→男→奥さん→公務員

幫助の例 不倫相手の男が、賄賂を受け取りに行く奥さんを幫助

否定説

∴ 61条の実行とは実行行為＝正犯行為を唆して初めて教唆

61条2項は例外

∴ 62条は正犯を幫助することが必要

肯定説

∴ 犯罪行為を唆すことが教唆だと考えることができる→間接教唆も犯罪である

∴ 間接幫助であっても正犯を幫助していると考えられる

【論点】片面的教唆・幫助

例 あいつを殺してやると言っている者の近くにナイフをおいておく

●片面的教唆は可罰的か

結論 可罰性を認めるべき

∴ 正犯を通じた法益侵害ないしその危険の惹起→意思の連絡は必要ない

【論点】過失による教唆・幫助

●過失による教唆の可罰性→処罰できない

∴ 正犯に準じることになり刑が重過ぎる

故意に犯意を生ぜしめるという「教唆」の語義に反する

●過失による幫助の可罰性→処罰できない

∴ 処罰範囲が不当に広がる，処罰の必要性もない

【論点】過失犯の共犯

●過失犯を教唆することの可罰性→処罰できない

∴ 過失犯の犯意を生じさせることは不可能

●過失犯を幫助することの可罰性→処罰できない

∴ 処罰範囲が不当に広がる，処罰の必要性もない

\* 幫助犯に注意義務違反がある場合に独立の過失犯として処罰できる

5 共犯論の諸問題

【論点】共犯と身分

真正身分犯 身分がないと 犯せない 犯罪 例 収賄罪

不真正身分犯 身分があると 刑が重くなる 場合 例 業務上横領罪

- 身分のない者が身分ある者の犯罪行為に加わって犯罪行為を分担したとき  
→ どう処理するのか？ 例 公務員が、妻に賄賂を受け取りに行かせた

(1) 65 条 1 項と 2 項の関係

- 身分のない者も共犯とする (65 条 1 項) → 従属性説的  
非身分者には通常の刑を科す (65 条 2 項) → 独立性説的  
→ 使い分けは？

通説・判例

- ・ 1 項は真正身分犯の規定, 2 項は不真正身分犯の規定とする
- ∴ 1 項は「身分によって構成すべき犯罪」  
2 項は「身分によって特に刑に軽重がある場合」

他説

- ・ 1 項は共犯成立の規定
- ・ 2 項は科刑の規定
- × 犯罪の成立と科刑を分離することは妥当でない

(2) 65 条 1 項の「共犯」→ 共同正犯を含むか

否定説

- ・ 身分のない者に真正身分犯の実行行為を行うことはできない

肯定説 (判例)

- ・ 非身分者も身分者を通じて法益侵害は可能

【論点】共犯と錯誤

(1) 狭義の共犯と錯誤

\* 法定的符合説からの処理

例 AがBに窃盗を命じたら、Bが強盗を行ってきた

故意と結果が異なる構成要件間にまたがる→重なり合いの限度で

∴窃盗罪の教唆犯

例 AがBにX家に窃盗に入ることを命じたら、BがY家に窃盗に入ってきた

方法の錯誤→Aは窃盗罪の教唆犯の罪責を負う

cf. Aの教唆と無関係にBが住居侵入窃盗を行った場合

→教唆の因果関係に欠ける

(教唆犯も行為、結果、因果関係の要件を満たす必要がある)

(2) 共同正犯と錯誤

例 Aが殺人の故意、Bが傷害の故意で共同でSを襲い、Sが死亡した場合

● 罪名はどのように考えるべきか

(共同して犯罪を実行している者の間で罪名が異なってよいのか)

犯罪共同説

・ 共犯は正犯行為を通じて法益侵害もしくはその危険を発生させるもの

→共同して特定の構成要件を実現したという事実を要する

部分的犯罪共同説

・ 構成要件的に重なりある範囲で犯罪の共同が認められる

→その限度で共犯成立が認められる

∴ Aは殺人罪、Bは傷害致死罪の罪責→A Bは傷害致死の限度で共同正犯

× 重い罪の故意を有する者に二罪の成立を認めるのは不自然である

\* 完全犯罪共同説

・ 重い罪の限度で全員に共同正犯が成立する

→軽い罪の故意しかない者は刑だけ軽い罪の限度で

× 科刑と罪名を分離する解釈は妥当でない

行為共同説

・ 共犯独立性説から→およそ行為を共同すれば共犯が成立するとする説

× 共犯独立性説が不当

・ 構成要件の重要部分を共同すれば共同正犯と認めてよいとする説

【論点】共同正犯の中止・離脱

例 2人で家に強盗に入る計画をする

- ・一人が、押し込む前にやめる
- ・一人が、押し込み、家人を脅し始めてからやめる  
→やめた者の罪責は？

共犯の離脱

- ・共犯関係にある者の一部が犯罪の完成に至るまでの間に犯意を放棄  
→自己の行為を中止してその後の犯罪行為に関与しないこと
- ・他の者が発生させた結果について責任を問われない

1 離脱が認められる要件

離脱の根拠→因果性ない結果への責任を問うわけにはいかないこと

∴他の行為者によるその後の行為との因果性を切断する必要

↓ 具体的には

着手前の離脱

- ・他の共謀者に対して共謀関係からの離脱の意思表示
- ・他の行為者の了承

\* 離脱者は無罪か予備罪になる

着手後の離脱

- ・他の共謀者の実行行為を阻止→当初の共謀に基づく実行行為が阻止される必要  
→積極的な行為によって自己の行為と結果との因果性を遮断する

\* 結果が発生した場合でも、離脱が認められる可能性あり

\* 離脱者は未遂罪の罪責を負う

2 離脱者への中止犯の成否

\* 着手後の離脱で問題となる

着手後の離脱が認められる場合→結果が発生しても中止を認めるべき

∴未遂罪として処断される以上、43条但書の文言に反しない

∴因果性ない場合は、報償を与えるべきである

【論点】共犯と中止犯

正犯による結果発生を防止した者→中止未遂となる

例 AがBに窃盗を教唆

→実行に着手したBに携帯電話で連絡し、窃盗を断念させた場合

(その後BがAの教唆と無関係に窃盗をしても、Aに犯罪は成立しない)

↓ ただし

正犯の障害未遂が共犯の中止行為に基づくという関係が必要

∴共犯が結果発生を防止したという関係が必要だから

\*中止犯の効果が及ぶのは中止行為をなした者のみ

## 第6章 罪数論

### 1 評価上一罪

形式的に数罪にあたるかにも見えても，刑法的には一罪で評価される場合

例 横領罪と背任罪，殺人とそれに伴う器物損壊（衣服が破れるなど）

窃盗と事後強盗，詐欺行為後の強盗

### 2 科刑上一罪

科刑上一罪（54条1項）の種類

・観念的競合 一つの行為にして数個の罪名に触れる場合

例 職務中の公務員に暴行して，負傷させる→公務執行妨害罪 + 傷害罪

・牽連犯 犯罪の手段若しくは結果たる行為にして他の罪名に触れるとき

例 住居侵入と窃盗，文書偽造罪と偽造文書行使罪

科刑上一罪の効果 もっとも重い罪で処断される

### 3 併合罪

意義 確定裁判を経ていない数罪（科刑上一罪とならない数罪，45条）

効果 有期懲役の場合→もっとも重い罪について定めた1.5倍が長期となる

例 横領と窃盗→15年以下の懲役の範囲で刑が科される

刑法各論編

第1章 生命・身体に対する罪

1 殺人の罪

(1) 殺人罪

①人を②殺した者は、死刑又は無期若しくは三年以上の懲役に処する。(199条)

①人の意義

- ・ 自然人に限る
- ・ 他人に限る（自殺は犯罪ではない）
- ・ 胎児は含まない→身体が母胎から一部でも露出したときに人になる

②実行行為 人を「殺す」こと

- ・ 人の死を惹起する危険があるいかなる行為でもよい

例 精神が弱い者に「死んでも生き返れる」と騙して首をつらせる

\* 予備罪の処罰がある（201条）

\* 未遂処罰の規定あり（203条）



(2) 自殺関与・同意殺人罪

人を①教唆し若しくは幫助して自殺させ、又は人を②その囑託を受け若しくはその承諾を得て殺した者は、6月以上7年以下の懲役又は禁錮に処する（202条）。

処罰根拠

【論点】同意殺人罪の処罰根拠

死への同意→行為者の処罰を免れさせることにならない  
 ∴生命は重要な法益→他人の死への関与を看過できない  
 ↓ ただし  
 被殺者が自由な意思決定により生命を放棄  
 →法益侵害の程度が普通殺人罪より小さく、刑が減輕される

【論点】自殺関与罪の処罰根拠

・自殺は犯罪ではない  
 ∴生命についての自己決定権の尊重，期待可能性のなさ  
 ∴自殺関与罪は共犯の特別の種類とはいえない  
 ↓ しかし  
 生命は本人だけが左右しうる  
 →他人への自殺への関与は生命への干渉として可罰性がある  
 ∴自殺関与罪は独立の犯罪類型というべき

実行行為

- ①自殺関与罪→教唆・幫助か殺害行為か
- ②囑託殺人・承諾殺人→殺害行為の開始
- \*未遂処罰の規定あり（203条）
- \*両罪の区別→犯罪者が自ら手を下すか否か

【論点】自殺関与罪の着手時期

教唆行為に認める説  
 ∴自殺関与罪は教唆・幫助行為を独立の犯罪行為として処罰したもの  
 →関与行為を実行行為とすべき  
 ∴条文に素直な解釈  
 自殺行為の開始に認める説  
 ∴同意殺人とのバランス

故意

【論点】承諾殺人罪の承諾

(1) 錯誤による承諾の効果

例 後を追って死ぬから、と嘘をつかれた結果、殺されることに承諾をした場合

- 本人は死ぬことについては同意しているが？→殺人罪か同意殺人罪か
- ・ 死に関する同意→同意が真意によるものであれば同意殺人
- ・ 同意が錯誤によるものであるとき（上記事例）どうか

自殺関与説

∴ 死の意味を理解し、自ら死を選んでいる→死ぬこと自体には何ら錯誤がない

殺人説

∴ 追死が自殺の決意にとって本質的であるとき  
→ 自殺についての自由な意思決定が失われる

個別説

∴ 関与が殺人の実行行為と評価しうる程度の危険性があるか→あれば殺人罪

(2) 承諾と錯誤

例 1 行為者が承諾の存在を誤信した場合→抽象的事実の錯誤の問題

例 2 真意による承諾がある→ただし、承諾の表示・行為者の認識がない場合

抽象的事実の錯誤の問題とする見解

・ いずれの事例でも、重なり合う限度で軽い罪が成立する

殺人未遂とする見解

∴ 行為に殺人の実行行為性あり→結果だけが発生していない

## 2 傷害の罪

### (1) 傷害罪

①人の身体を②傷害した者は、10年以下の懲役又は30万円以下の罰金若しくは科料に処する。(204条)

①人の意義→殺人罪参照

②傷害 人の生理機能を害すること

例 怪我をさせる, 病気にする, 嫌がらせ電話でノイローゼに追い込む

#### 【論点】胎児傷害をいかに処断すべきか

例 薬などで胎児に危害を加える→生まれた後の人に傷害結果が発生

●分娩が早まっていない場合→墮胎罪が成立しない

・胎児は人ではない→傷害罪の成立も難しいか？

#### 傷害罪の成立を認める立場

・胎児は母体の一部であるとする説(判例)

∴人に対して傷害し, 人に結果が発生した場合である

×自己墮胎は自己傷害となる→自己墮胎が処罰されることが説明できない

・母親の健康な子供を産むという機能が害されるとする説

×傷害観念が広がりすぎる

#### 無罪説

・可罰説を採った場合→子供が奇形で生まれたら, 傷害罪で10年以下の懲役  
死産なら墮胎罪として, 7年以下の懲役と均衡がはかれない

・いずれの構成も無理がある→あくまで立法によって解決すべき

#### 故意

#### 【論点】傷害罪の成立に必要な故意

●暴行の結果人に傷害結果が発生→暴行をする故意しかない場合の処理

#### 暴行と過失傷害とする見解

×結果が発生した場合の罪が軽すぎる

#### 傷害罪とする見解

・傷害罪→暴行の結果的加重犯と故意犯の複合形態である

∴208条の文言

∴傷害と暴行の故意を明確に区別するのは不可能に近い

cf. 無形的方法による傷害罪→故意が必要

∴暴行の故意すらない場合である, 成立範囲の限定

(2) 傷害致死罪

- ・ 傷害罪の結果的加重犯（205条）

(3) 同時傷害の特例

① 2人以上で暴行を加えて人を傷害した場合において、②それぞれの暴行による傷害の軽重を知ることができず、又はその傷害を生じさせた者を知ることができないときは、④共同して実行した者でなくても、③共犯の例による。（207条）

① 同時犯

- ・ 意思の連絡なく、同一機会に、同一客体に、同一の犯罪を実行した場合  
原則→単独犯としてしか処罰できない（自己責任の原則）
- ② 傷害の軽重を知ることができない、傷害を生じさせた者を知ることができないとき  
→行為と結果との因果関係が不明の場合
- ③ 意思の連絡なくとも共犯規定により処罰される→因果関係の推定  
∴発生した傷害の原因行為の特定が難しい（政策的理由）

(4) 暴行罪

① 暴行を加えた者が②人を傷害するに至らなかったときは、2年以下の懲役若しくは30万円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する。（208条）

- ① 暴行 人の身体に向けられた有形力の行使（物理的接触は不要）  
例 石を近くに投げる，髪の毛を切る，唾を吐きかける
- ② 暴行の結果的加重犯が傷害罪であるとみうる  
傷害の未遂犯が暴行罪ともみうる

\* 暴行概念の多義性

- ・ 最広義 人又は物に対して向けられた有形力の行使 例 騒乱罪
  - ・ 広義 人に向けられた有形力の行使（間接暴行も含む） 例 公務執行妨害罪
  - ・ 狭義 人の身体に向けられた有形力の行使 例 暴行罪
  - ・ 最狭義 人の反抗を抑圧するに足る程度の強度な暴行 例 強盗罪
- \* その他、恐喝罪の暴行，強姦罪の暴行などがある

### 3 過失傷害の罪

#### (1) 過失致死傷罪

- ・ 過失により人を傷害・死亡させた場合（209, 210条）
- ・ 傷害の故意も暴行の故意も存在しないときに成立する，罰金刑が上限

#### (2) 業務上過失致死傷罪

①業務上必要な注意を怠り，よって人を死傷させた者は，②5年以下の懲役若しくは禁錮又は50万円以下の罰金に処する（211条1項前段）

①業務 社会生活上の地位に基づき反復継続して行う事務

- ・ 本罪の業務→他人の生命・身体に危害を加えるおそれがあるもの  
職業・営業でなくてよい

②通常の致死傷罪よりもずっと刑が重い

∴通常人よりも注意義務違反の程度が高いから（注意能力が高いのに失敗している）

#### (3) 危険運転の罪（208条の2）

- ・ 危険運転＝薬物摂取，飲酒による運転，暴走・信号無視・幅寄せ・走行妨害
- ・ 致傷の場合10年以下，致死の場合1年以上

#### 4 遺棄の罪

##### (1) 遺棄罪

- ・遺棄（217条） 保護を必要とする者を保護のない状態に置くこと  
→人の生命・身体を危険にさらすことになる
- ・保護を必要とする者  
老年・幼年・身体障害・疾病のために扶助を要すべき状態に陥っている者
- ・実行行為  
移置（作為）、置き去り（不作為）

##### (2) 保護責任者遺棄罪

- ・保護義務ある者の遺棄（218条）  
保護義務 認定の仕方は不真正不作為犯の作為義務の認定に準じる

#### 【論点】遺棄の意義

通説 217条の遺棄は移置のみ

218条の遺棄は移置・置き去りを意味すると解すべき

∴ 217条の主体は保護責任ない者→不作為を処罰する作為義務はない

\* 遺棄は218条でも移置を意味するのみ、置き去りは不保護に含めるとする説もある

× 遺棄は場所的離隔を伴う概念→不保護に含めることはできない

##### (3) 遺棄致傷罪

- ・遺棄罪の結果的加重犯（219条）

## 第2章 自由に対する罪

### 1 逮捕及び監禁の罪

#### 逮捕・監禁罪

不法に①人を②逮捕し、又は③監禁した者は、3月以上5年以下の懲役に処する。(220条)

①人の意義 意思活動ができない嬰兒，重度の精神障害者は除外される

∴身体活動ができないから

②人の身体を直接拘束して，自由を奪うこと

例 手足を縛り5分間引きずり回す

\*暴行は逮捕の中に含まれる

③一定の区域からの脱出を不可能若しくは困難にすること

例 部屋からでたら殺すといって，部屋から出られなくする（心理的監禁でたる）

オートバイを疾走させる

#### 【論点】逮捕・監禁罪の客体

例 人が熟睡中，寝室に外からカギをかける

強盗の目的を有する者が被害者を騙して車に乗せた場合→監禁罪成立

●実行行為の時点で具体的な行動の意思・能力がない者は本罪の客体となるか

（監禁・逮捕の事実を被害者は認識している必要があるか）

具体的な行動の意思・能力がない者の自由を侵害できるか

通説 潜在的・可能的自由でたりる

∴身体活動の自由→行動したいときに行動する自由というべき

\*他説 具体的行動の自由が必要とする説

∴監禁罪は危険犯ではない

### 2 脅迫の罪

#### 脅迫罪

①生命，身体，自由，名誉又は財産に対し②害を加える旨を告知して人を脅迫した者は，2年以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。(222条1項)

①害を加える対象が特に限定されている→これは限定列举（cf. 緊急避難）

自己と親族に関するものである必要（同条2項）

②告知するだけで既遂→相手方が現実には怖がる必要はない

・告知が必要→相手に伝わらなかつたら不可罰

・害悪は告知者の左右しうるものである必要

### 3 性的自由に対する罪

#### (1) 強姦罪

① 暴行又は脅迫を用いて 13歳以上の女子を姦淫した者は、強姦の罪とし、2年以上の有期懲役に処する。② 13歳未満の女子を姦淫した者も、同様とする。(177条)

##### ① 客体は女子のみ

男性が被害者になった場合は強制わいせつ罪 (176条)

##### ② 客体が13歳未満である場合→暴行・脅迫は不要，承諾があっても犯罪になる

\* 強姦罪→親告罪 (180条1項)

#### (2) 強姦致死傷罪

…よって人を死傷させた者は、無期又は3年以上の懲役に処する。(181条)

- ・ 姦淫の「際の」暴行で死傷の結果が発生した場合→重く処罰される
- ・ 姦淫の既遂・未遂は問わず，死傷の結果が発生すれば既遂
- ・ 死傷に故意ある場合→本罪で処罰できるのか？

#### 【論点】強姦致死傷で故意ある場合の取扱

##### ● 死傷に故意ある場合→本罪で処罰できるのか？

- ・ 故意犯と過失犯と一緒に規定されるのは不自然ではないか
- ・ 故意ある場合の方がいない場合より軽く処罰されてはならない

##### 処理方法

- ・ 故意ある場合→強姦罪+殺人罪，強姦罪+傷害罪にする方法がある

↓ しかし

- ・ 強姦罪+傷害罪→無期による処罰がなくなる

↓ そこで

- ・ 傷害の故意ある場合→強姦致傷とする

∴ 傷害の結果は姦淫行為の際に伴うことが多い



#### 4 住居を侵す罪 建造物等侵入罪

③正当な理由がないのに、①人の住居若しくは人の②看守する邸宅、建造物若しくは艦船に③侵入した者は、3年以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する。(130条前段)

- ①住居 人の起臥（きが）寝食に使用される場所  
不適法に占拠されている住居も本罪の客体となる
- ②看守 他人が事実上管理・支配していること
- ③正当な理由がないのに…侵入→いかなる態様によるものか？  
\*未遂処罰規定がある（132条）

#### 【論点】住居侵入罪の処罰根拠

●正当な理由がないのに…侵入→いかなる意味を指すのか

**平穏説** 平穏を害する態様の立ち入りのこと

×平穏は社会の平穏と結びつきやすい

×個人の意思から法益を分離するのは妥当でない

**新住居権説**

・住居権→住居等の一定の場所を管理支配する権利

∴住居侵入罪

→住居に誰を立ち入らせ、誰の滞留を許すかを定める自由を侵害する罪とみる

\*旧住居権説

家父長権を基本とした法定住居権

×家父長権という概念は憲法の理念に反する

### 第3章 名誉・信用に関する罪

#### 1 名誉に対する罪

##### 名誉毀損罪

①公然と②事実を③摘示し、④人の名誉を毀損した者は、⑤その事実の有無にかかわらず、3年以下の懲役若しくは禁固又は50万円以下の罰金に処する。(230条1項)

①公然＝不特定または多数

②⑤事実 人の社会的評価を害するに足るもの

・事実＝真実ではない→虚偽か真実は問わない

③摘示→示せばよい(他人が知る必要はない)

④人 法人、権利能力なき社団も含む

\*死者の名誉→虚偽の事実を摘示しなければ罰せられない(230条2項)

前条第1項の行為が①公共の利害に関する事実に係り、かつ、②その目的が専ら公益を図ることにあつたと認める場合には、事実の真否を判断し、③真実であることの証明があつたときは、④これを罰しない。(230条の2第1項)

①公共の利害に関する事実＝**事実の公共性**

\*公訴提起前の犯罪事項にかかる事実はこの要件は不要(230条の2第2項)

②目的が専ら公益を図るためのものであるとき … 目的の公共性

×私怨を晴らす目的

\*公務員又は公選による公務員の候補者に関する事実→①②の要件が不要(同条3項)

③真実性の証明が必要

\*失敗した場合どのように処理されるか？

【論点】事実の公共性

- 例 巨大な宗教団体の会長の私行→事実の公共性は認めうるか
- ・認めうることがある（判例）
  - 人の社会的活動の性質，社会に及ぼす影響力が大きい場合  
→その社会活動に対する批判，評価の一資料となる

【論点】230条の2の法的性格

処罰阻却事由説

- ∴真実性の挙証責任を被告人に負わせている
- ×表現の自由に基づく真実の公表→積極的に正当な行為と評価されるべき

違法性阻却事由説

- ∴事実の公共性・目的の公益性→真実の公表は違法とは言えない

【論点】真実性の証明に関する錯誤

- 真実性の証明→できると思っていたのに失敗したときの処理

処罰は一切阻却されないと考える立場

- ・処罰阻却事由説からの形式的結論
- ×表現の自由を無視する結果となる→一定限度で犯罪不成立とすべき  
↓ もっとも

事実だと信じればすべて処罰しない

→軽率に真実と信じた者を保護することになり，名誉権を軽視する結果となる

- ∴相当な根拠に基づいた表現がなされた場合無罪とすべき

法律構成

事実の錯誤とする説

- ・230条の2が違法性阻却事由であるとする説が前提
- ・確実な資料に基づいて証明できると誤信した場合故意が阻却される
- ∴証明可能な程度に真実であると誤信した場合は犯罪不成立

35条説

- ∴確実な資料・根拠に基づいた事実の摘示は表現の自由の正当な行使である  
→正当行為とすべき
- ・230条の2の法的性質とは関わりなく，この立場は採れる
- \*処罰阻却事由説から→原則として，35条で違法性阻却  
35条の要件を満たさないが，真実性の証明に成功したら，230条の2が適用

## 侮辱罪

①事実を摘示しなくても、②公然と人を侮辱した者は、拘留又は科料に処する。(231条)

①事実の意義は230条参照

摘示しなくても→読み方に争いがある

②侮辱→名誉感情を害する行為か、外部的名誉を侵害する行為か

・230条との区別が問題となる

\*名誉毀損・侮辱罪→親告罪(232条1項)

### 【論点】名誉毀損と侮辱罪の区別

#### 保護法益で区別する説

・名誉毀損罪→外部的名誉，侮辱罪→名誉感情

×侮辱罪の要件として、公然性が要求されていることが説明できない

#### 事実の摘示の有無で区別する説

・事実を摘示した場合→名誉毀損罪

・事実を摘示しない場合→侮辱罪

∴幼児、感情のない法人も侮辱罪の主体というべきである

## 2 信用・及び業務に対する罪

### 業務妨害罪

①虚偽の風説を流布し、又は②偽計を用いて、人の③業務を妨害した者は、3年の懲役又は50万円以下の罰金に処する。(233条後段)

④威力を用いて人の業務を妨害した者も、前条の例による。(234条)

①虚偽の風説 事実とは異なった噂を流すこと

②偽計 人を欺罔、誘惑し、あるいは他人の錯誤または不知を利用する違法な行為

③業務 社会生活を維持する上で、反復継続して従事する仕事

④威力 人の意思を制圧するに足りる勢力を用いること

例 シュプレヒコールによる雑音、発煙筒を焚く

\*保護法益→業務活動

#### 【論点】「公務」は「業務」に含まれるか

\*威力→暴行にいたらない実力も含む

∴公務を威力から保護する必要がある

●公務執行妨害罪→業務妨害罪の特別法，法条競合になるのではないか

#### 法律構成

公務はすべて業務に含むとする説

×暴行・脅迫によって公務を妨害した場合→公務と業務を混同するものではないか  
(反論↑ 観念的競合とすればたりる)

非権力的公務のみが「業務」に含まれるとする説

∴権力的公務→威力は実力で排除できる

∴非権力的公務は私人が通常行っている業務と区別して考えるべきでない

## 第4章 財産に対する罪

### 1 総説

#### (1) 財産犯の客体

他人の物であること

- ・「他人の」物でなければならない
- \* 自己物でも財産犯になる場合がある→他人の占有に属する物など（242条）
- ・物とは→有体物（民法85条）＋ 電気など（245条）

財産上の利益

財産上の利益とは→債務を免れる、役務の提供を受ける

- \* 不法な利益であっても、財産犯の対象になる

#### 【論点】財物の意義

- 有体物（＝気体・液体・固体）に限るか
  - ・ 民法85条→物は有体物
    - ↓ しかし
    - ・ エネルギーを盗用する者を取り締まる必要性→管理可能な物は財物とする
      - ↓ もっとも
      - 物という概念から乖離しすぎるのは妥当でない（利得罪との区別）
      - 例 債権・情報などは物ではない
      - ∴ 財物→物理的に管理可能なものをさすというべき
  - \* 財物を有体物に限るという説もある
  - ∴ 電気は財物と看做す→財物でない物を財物と扱うことにしているというべき
- 禁制品も財物か
  - ・ 覚せい剤など私人による所有・占有が禁止されている物
    - 私人の財産権は認められず、財産罪の客体にはならないのではないか？
  - 財物性は認めるべき
    - ∴ 禁制品も没収には一定の手続が必要
      - 法律上の没収手続によらなければ没収されないという利益あり
    - ∴ 私人による不法な手段による奪取は処罰の対象

#### 【論点】情報窃盗の可罰性

- 事例 会社の機密資料→ライバル社に売却するためコピー1枚する行為
- 情報は財物ではない、コピー用紙一枚の窃取は可罰的違法性に欠ける財物性→記載された情報と一体となるものとして判断すべき
- ∴ 情報がコピーされた紙は価値が高く、財物性あり

【論点】情報の不正入手（応用問題）

事案

- 1) 一般の社員が秘密資料のファイルを社外に持ち出し、コピー
- 2) 機密資料を資料の保管責任者が資料を社外に持ち出して、コピー
- 3) 機密データの管理責任者が、機密資料室内で、自己所有のフロッピーにコピー

●情報は財物ではない

→ただし財物性は、情報と媒体が合体したものの全体について判断すべき

財物としての価値は、情報の価値から判断

∴秘密資料は財物にあたる

- 1) 窃盗罪
- 2) 機密資料の占有→保管責任者にある、業務上横領罪
- 3) 財物の占有侵害がない→背任罪

(2) 財産犯の保護法益論

【論点】 奪取犯の保護法益論

本権説

- ・所有権その他の本権（≒占有権原）が保護法益
- ×盗人の所持を侵す行為は適法になる→財産秩序が乱れる

占有説

- ・事実上の支配が保護法益
- ×明らかに不法な占有であっても保護しなければならなくなる
- ↓ そこで

平穏な占有説

- ∴奪取罪→究極的には所有権を保護する
- ↓ しかし
- 現代の複雑な所有・占有関係
- 本権を保護するために、平穏な占有は保護する必要があるというべき

\*奪取犯 領得罪の中で横領罪を除いたもの、占有侵害を伴う罪

(3) 不法領得の意思

【論点】 領得罪成立における不法領得の意思

●不法領得の意思判断の要否

他人の財物を窃取＝他人の財物の占有を移転する行為→全て領得罪が成立するのか？

- ・物を壊すために持ち出す場合必ず窃盗罪が成立するというのは妥当でない
- ・不可罰的な使用窃盗もありうる
- ↓ 主観的要件の判断

∴窃取の意思に+α（\*内心的超過傾向）を要求して区別するしかない

\*窃盗の構成要件を超えた内心の状態

↓ そこで、

∴\*不法領得の意思→財産罪の構成要件該当性の判断に取り入れる

\*他人の財物・利益を不法に自分のものにし、利益を得ようという意思

●不法領得の意思の内容

(1)所有者として振る舞う意思が必要

∴不可罰的な使用窃盗との区別

(2)物を経済的用法に従って利用する意思が必要

∴毀棄罪との区別

判例→(1)(2)の両方を必要とする

\*横領罪のみは、(1)の意思で足りるとする



## 2 窃盗の罪

### 窃盗罪

①他人の財物を②窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の懲役に処する。(235条)

- ①他人の財物の窃取→他人の平穏な占有下にある物を自己又は第三者の占有に移すこと  
\*占有とは→事実上の支配を意味する cf. 横領における占有
- ②窃取 財物を自己又は第三者の占有下に移す行為  
暴行・脅迫、欺罔行為を利用しない  
\*未遂処罰あり(243条)

#### 【論点】窃盗罪の着手時期

実行の着手時期→犯罪結果発生の具体的危険性が高まる時  
∴窃盗罪の場合→占有侵害の具体的危険が高まったとき  
具体的には→物色行為の開始(例 タンスに近寄ったとき)  
\*夜間の店舗、土蔵の場合、スリのあたり行為なども検討

#### 【論点】窃盗罪の既遂時期

被害者が占有を喪失し、行為者または第三者が占有を取得したとき  
↓ ただし  
諸般の事情を考慮して個々の的に判断する(物の性質・被害者の管理の態様など)

#### (2)不動産侵奪罪

- ・不動産に対する不法占拠に対処(235条の2)
- ・「侵奪」→他人の占有を排除し自己、第三者の占有を設定すること  
占有侵奪といえるだけの事情が必要(例 境界を不明確にするだけでは足りない)

【論点】上下・主従間の占有

- 同一の財物について使用者、雇人の占有が競合状態にある
  - 雇人にも占有を認められるか
- ・占有は上位者にあるとすべき
- ∴下位者の占有は上位者の占有を機械的に補助するものに過ぎない
- \*使用人が店の物を盗んだ場合→窃盗罪ということになる

【論点】封緘物の占有

- \*封緘物 財物を封印・施錠した物
- 中身のみを領得する行為について→中身の占有は誰にあるか？
- 包装物全体の占有は受託者、中身は委託者に占有があるとする説（判例）
- ∴受託者は封緘によって中身を披見できない
  - 内容についての事実上の支配は委託者にあるとせざるを得ない
- 全体について委託者に占有が属するとする説
- ∴全体を自己の物にすれば軽い横領、中身を抜き取れば重い窃盗→奇妙では？
  - ↑ 判例からの反論
- ・犯人には在中物を領得する意思があるのが普通
  - いずれ窃盗罪が成立するから奇妙な結論にならない
- ・犯人が業務として封緘物を占有する場合
  - 窃盗罪と法定刑が同じ業務上横領罪になる

【論点】死者の占有

事例 AがBを殺し、その後財物を奪取

(1) 殺害者が殺害後に財物奪取の意思を生じた場合の処理

- 死者の占有を認める見解（窃盗罪が成立）
- ×占有の要素→占有の事実か、意思が必要だが、死者にはいずれも認められない
- ↓ しかし
- 遺失物等横領に過ぎないのか？（殺して、奪っている点からすると妥当でない）
- ↓ そこで
- 殺害から財物奪取までの一連の行為を全体的に観察→生前の占有を侵害している
- ∴窃盗罪というべき

(2) 第三者が奪取した場合

- 遺失物等横領とせざるを得ない ∴死者に占有はない

(3) 親族間の特例

①配偶者，直系血族又は同居の親族との間で②第 235 条の罪，第 235 条の 2 の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯した者は，③その刑を免除する（244 条 1 項）  
 ④前項に規定する親族以外の親族との間で犯した同項に規定する罪は，⑤告訴がなければ公訴を提起することができない。（244 条 2 項）。

- ①直系血族 子供，親など
- ②窃盗罪，不動産侵奪罪
- ③一身的処罰阻却事由 責任以降に判断される。政策的に特に処罰が阻却される場合
- ④①以外の親族
- ⑤親告罪になる（告訴が訴訟条件になっている場合）

根拠 法は家庭内に立ち入らない方が好ましい（家庭内の争いは家庭内で解決）

【論点】親族関係の錯誤

事例 Aが，親Bが友人から預かっている時計を，Bの物だと思って勝手に処分

●親族間の特例の法的性質

一身的処罰阻却事由というべき

∴「法律は家庭に入らず」との政策的説明

●親族関係は犯人と誰との間に必要か？

→所有者・占有者・窃盗犯の三者の誰との間に必要か

すべての者の間に親族関係が必要（判例）

∴他人を巻き込めば，既に家庭内の事件とは言えない

●錯誤をどのように扱うべきか

一身的処罰阻却事由→故意の対象ではないので，錯誤の問題ではない

### 3 強盗の罪

#### 強盗罪

①暴行又は脅迫を用いて②他人の財物を③強取した者は、強盗の罪とし、5年以上の有期懲役に処する（236条1項）

①暴行・脅迫→相手の反抗を抑圧する程度の強度のものに限る（恐喝との違い）

\*実行の着手（＝暴行・脅迫の開始）のメルクマールとして重要

cf. 既遂時期 占有移転時（窃盗罪と同じ）

②他人の財物の意義 窃盗罪と重なる

③強取 暴行・脅迫を手段として他人の占有を自己または第三者に移転すること

\*強取の意思 … 暴行を加えるときから財物奪取の意思が必要

\*未遂・予備は罰せられる（243条・237条）

#### 【論点】暴行・脅迫の意義

●①から反抗抑圧にたるものである必要→判断基準は？

構成要件該当性の判断→一般人を基準として判断する

∴客観的に強盗の手段とよべない暴行・脅迫しか加えられていない場合

→強盗罪の成立を認めるべきでない

↓ ただし

諸般の事情から具体的に判断する

\*暴行・脅迫自体の強度・態様，被害者の人数・性別・年齢，犯行の時刻・場所

例 深夜後ろから脅迫的言辞とともにモデルガンを突きつける行為

強盗罪における暴行あり

∴後ろからだとおもちゃとは分からない

∴分かっているでも，深夜，脅迫的言辞をもってなされれば暴行といえる

【論点】暴行・脅迫に関わる諸問題

● 次の事例のAの罪責を考える

例1 AがBに反抗抑圧にたる暴行・脅迫

Bは反抗抑圧されなかったが、畏怖して財物を交付

→未遂（判例は反対）∵結果が発生していない

cf. 全く恐怖心は生じなかった場合→未遂で争いなし

例2 AがBに反抗抑圧にたらない暴行・脅迫

→特にBが臆病で、反抗が抑圧された場合

→恐喝罪が成立（∵客観的に最狭義の暴行・脅迫を行っていない）

↓ ただ

行為者AがBのことを臆病であるを知っていた場合

→強盗成立としてもよい（不能犯の応用）

【論点】反抗抑圧後に財物奪取の意図を生じた場合

例 AがBを痛めつけてやろうと思って暴行

→反抗抑圧されたBが財布を差し出したので、Aが受け取る

●③から→Aの行為は窃盗罪に過ぎない

∵暴行・脅迫が財物奪取の手段と使われていない

↓ ただし

新たな暴行・脅迫があれば強盗罪としうる

この場合の暴行・脅迫は通常に比較して、軽度のものでよい

∵既に反抗抑圧されている→軽度の暴行・脅迫で反抗抑圧される

【論点】強盗予備と中止犯

例 強盗を計画→予備段階で途中で止めた場合

(1) 予備罪に中止犯の規定は適用・準用はできるか

● 予備には、中止が考えられないのではないか

↓ しかし

実行してから止めれば免除の可能性がある

→ 実行した方がトクということになりかねない

∴ 43条但書準用を認めるべき

(2) 減免の基準となる刑はどこに認めるべきか

予備罪を基準とすべきとする説

× 予備罪は基本犯を減輕したもの→これ以上減輕することはできない

免除のみを準用すべきとする説

∴ 刑の不均衡は、免除のみ準用すれば十分解消できる

(2)強盗利得罪

- ・ 236条1項の方法を使って不法の利益を得た場合（236条2項）
  - ・ 利益強盗，二項強盗ともいう
- cf. 窃盗罪は2項がない→利益窃盗は不可罰

【論点】 処分行為の要否

- 二項強盗の成立に，被害者の処分行為は必要か
- 必要説 ∵こう解した方が，既遂時期が明確になる
- 不要説
- ∵一項強盗において処分行為は不要→二項も同様に処分行為は不要というべき
- ∵強盗が既遂に達するか否かの判断
  - 利益が移転するか否かの判断を慎重にする必要がある
- 例 債権の行使が当分の間不可能になればよい
- ∵支払の猶予を得たのと同視できる

【論点】 不法契約と強盗

- 買主Aが売主Bに不法原因に基づいて給付（拳銃購入代金を支払う）
  - AはBに給付の返還請求ができない（民法708条）
  - かかる規定が犯罪の成否にいかなる影響を与えるか？
- (1)売主Bが拳銃購入代金をAから強取した場合
  - AはBに返還請求ができず，損害が発生していない？
  - 結論 強盗罪成立
  - ∵そもそも買主の交付なし→不法原因給付の問題にならない
- (2)代金の交付を受けたBが，暴行・脅迫によって返還を免れた場合
  - Bは民法上返還義務なし→単なる暴行・脅迫罪？
  - 結論 強く公序良俗に反する利益でない限り強盗罪が成立する
  - ∵民事法上とは別に，刑事法上の保護が必要か否かによって判断すべき（当該行為を禁圧すべきか否かをもって判断する）

#### 4 準強盗罪

##### (1) 事後強盗罪

①窃盗が、財物を得て②これを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅するために、③暴行又は脅迫をしたときは、④強盗として論ずる。(238条)

①窃盗犯人だけが本罪の主体（身分犯）

②③結局、財産を奪う手段として暴行・脅迫が利用されているとき

・暴行・脅迫 被害者の反抗を抑圧する程度のものである必要がある

∴強盗として評価されるものだから

④強盗と全く扱いが同じになる

例 窃盗犯人が、逃げるときに暴行・脅迫→強盗と扱われる

cf. 窃盗犯人が財産を奪う前に暴行・脅迫→**居直り強盗**（通常の強盗罪）

\*事後強盗・居直り強盗における窃盗行為と強盗行為の関係

→窃盗行為は強盗行為に包括して評価され、強盗一罪で評価される



【論点】強盗として扱う理由

- ・ 窃盗犯人が犯行後，暴行・脅迫を加えることはよくありうる（刑事学類型上の実態）  
人身の保護を目的
- ・ 暴行・脅迫を間接的に財物奪取の手段としている

【論点】暴行・脅迫と窃盗行為との関係

- 暴行・脅迫→窃盗の機会に行われる必要がある
- ∴強盗として扱われる→窃盗と暴行とにある程度の関連性が必要  
↓ 具体的には
- ・ 原則として窃盗の現場で暴行・脅迫があること
- ・ 窃盗の現場の継続的延長と見られる場合も窃盗の機会性ありとなる  
継続的延長→追いかけている場合など（時間と距離がポイント）

【論点】事後強盗の予備

- 例 窃盗の意図→ただし発見された場合に脅して逃げるための道具を用意する行為
- 脅すかどうかは分からないから，強盗の予備にできない？
- 結論 事後強盗罪成立
- ∴事後強盗は強盗をもって論ずる（238条）
- ∴見つかった場合に脅すこと自体は確定的である

【論点】暴行・脅迫にのみ加功した者の罪責

例 甲がA家に窃盗に入って見つかる→甲を追いかけるAを甲乙が共同で暴行  
乙はたまたま通りがかったのみ（A家に窃盗に入っていない）

(1) いかなる問題と扱うべきか

承継的共同正犯の問題とする立場

∵事後強盗罪の実行行為→窃盗の開始に求める

×窃盗をすれば、すべて事後強盗罪の未遂になるのか

共犯と身分の問題とする立場

∵本罪の性質→身分犯というべき（①参照）

実行行為は暴行・脅迫である

(2) (身分犯とすると) 真正身分犯か不真正身分犯か

不真正身分犯説

∵窃盗の身分ない者が本罪の実行行為をする→暴行・脅迫罪となる

真正身分犯説

∵事後強盗罪を暴行・脅迫罪の加重類型とするのは無理がある（保護法益が違う）

窃盗でなければ犯せない犯罪というべき

\* 事後強盗罪を真正身分犯としたときの処理の方法

非身分者→身分ある者に加功して法益侵害ができる

∴ 65条1項を根拠に事後強盗として処理する

(2) 強盗致死傷罪

①強盗が、②人を負傷させたときは無期、または7年以上の懲役に処し、②死亡させたときは死刑又は無期懲役に処する。(240条)

①身分犯

②負傷させた・死亡させた→結果的加重犯

\* 致死傷の結果が発生すれば既遂→財物は奪取しなくてよい

\* 厳罰に処する趣旨

強盗は人を死傷させることが多い→厳罰に処して、犯罪の禁圧を図る

【論点】強盗と致死傷を生じた暴行・脅迫との関係

● 強盗行為と致傷とはどの程度の関連性が必要か

強盗の手段としての暴行から致死傷が発生する必要があるとする説

∴ 偶然発生した致死傷の結果まで帰責するのは妥当でない

× 本条の趣旨→右のように限定するのは狭きに失する

「強盗の機会」に致死傷の結果が発生すればたりとする説

\* 財物奪取・確保に向けられた一連の行為の中で致死傷が発生すれば本罪成立

cf. 強盗行為と全く無関係に致死傷の結果が発生した場合

→ 本罪は成立しない(過失致死傷罪か傷害致死傷罪になる)

【論点】脅迫による致傷

● 傷害の故意がなく発生した致傷→暴行から発生したものに限るのではないか

本罪の適用がある

∴ 脅迫→被害者を畏怖させ、危険な行動に走らせることが経験則上あり得る

【論点】 致傷の程度

- 傷害の程度→傷害罪と同程度でよいのか  
同程度でよいとする説（旧判例）
- × 反抗抑圧する程度の暴行→傷害の結果が発生するのが通常  
本罪は7年以上の懲役→刑の酌量減輕のみでは執行猶予をつけられない  
傷害罪よりも重いものであることが必要とする説
- ・ 医師の治療を必要とする程度のを要求
- ∴ 軽い傷害の結果→強盗罪の中で評価されているとみうる

【論点】 死傷の結果に故意ある場合の処理

- 本罪は結果的加重犯ではないか  
故意ある場合→本罪に含めて評価すべき（判例）
- ∴ 刑事学類型上、強盗が傷害・殺人の結果が発生することが顕著に見られる  
本条が故意ある場合を予想していないとは考えられない
- ∴ 「よって」の文言がない

【論点】 死者の占有と強盗殺人

- 例 AがBから殺して金品を奪うつもりでBを殺害した
- ・ 客観的な実行行為はあり（殺人は究極の暴行）
- 殺して物を奪う意思→殺人と遺失物等横領罪の故意に過ぎないではないか？  
強取の意思に欠けるのでは？
- 結論 強盗殺人罪成立
- ∴ 被害者から殺人によって占有を離脱させて財物を奪う  
→一連の行為を全体的に見れば生前の占有を侵害したと評価できる

## 5 詐欺・恐喝の罪

### (1) 詐欺・恐喝罪成立のながれ

欺罔・恐喝行為→錯誤・畏怖→処分行為→財物・利益の移転

\* 上記事由が因果の連鎖をなしている必要

詐欺罪・恐喝罪の違い→だましてとるか脅してとるか

cf. 強盗→暴行・脅迫を手段として奪い取る

窃盗→上記以外の方法で財物の占有を移転させる

・ 占有侵害を要素とする点は 4 罪とも共通（強盗・詐欺・恐喝は利益侵害も可罰的）

\* 未遂処罰規定あり（250 条）

### (2) 詐欺罪

①人を欺いて財物を②交付させた者は、10 年以下の懲役に処する。（246 条 1 項）

\* 2 項は詐欺利得罪（二項詐欺ともいう）

①欺いて 欺く行為と相手が錯誤に陥ることが必要

（被害者が錯誤に陥らない場合は未遂）

欺罔行為→実行の着手のメルクマール

・ あくまで財産の処分に向けられている＝処分行為をするように仕向ける必要

例 試着するからと言って服を着たまま、走って逃げる→窃盗罪が成立

・ 不作為でもよい 例 釣り銭詐欺

②被害者による財物の交付→犯人・第三者への占有移転をもって既遂

交付行為→処分意思と処分行為からなる

・ 詐欺と窃盗の限界を画する概念

∵財物・利益の移転→処分行為の有無で決せられるから

交付があれば詐欺，交付がなければ窃盗

→特に利益を対象とする詐欺の場合は問題

・ 交付権者と被欺罔者→同一人物である必要がある

cf. 被欺罔者と被害者は別であってもよい（三角詐欺の事例）

例 訴訟詐欺→裁判所を騙して，勝訴判決をもらう

損害の発生

個別財産の罪である（全体財産の罪ではない）

例 ガンの特効薬と偽り，単なる健康食品を買わせる

→適正価格であっても詐欺罪成立

## 欺罔行為について

### 【論点】欺く行為と財産的処分行為との関係

詐欺罪の欺罔行為→錯誤に陥れて財物を交付させるようなものである必要

∴ あくまで財産の処分に向けられている必要がある

(例 ちょっと見せてくれ、と言って受け取り、走って逃げる→窃盗)

### 【論点】不作為による欺罔行為

欺罔の手段→制限はない

∴ 欺罔行為は不作為にでもなしうる（不真正不作為犯の問題）

告知する義務があるのに、その義務を果たさなかった場合

例 釣り銭詐欺など

処分行為について

【論点】 処分意思の要否

例 散歩しに行ってくると欺き、宿泊費の支払いを免れた場合

●詐欺利得罪の成立につき、処分行為→債務免除、支払猶予の意思などが必要か？

不要説

・欺罔しなかったなら、相手方が必要な作為をすると認められる事情がある場合  
→不作為による処分行為を認めてもよい

∴処分意思→処分行為の存在は利益窃盗との区別から必要

→そのような区別ができるならば、明確な債務免除の意思表示は不必要  
利益移転を生じしめる事実についての処分意思・処分行為があればたる

## 損害の発生について

### 【論点】欺罔して財物を放棄させた場合

例 その時計は呪われていると騙して、時計を捨てさせ、後から拾う行為

結論 詐欺罪成立

∴財物の放棄→行為者が自由に財物を拾得できる状態になる

被欺罔者の処分行為によって行為者が自由に権利を取得できるようになる

行為者の事実上の支配下に財物が移転している

### 【論点】盗取物を質に入れた場合

詐欺罪成立

盗人による盗品の処分→原則不可罰的事後行為

↓ ただし

質入れは、質屋の財産という新たな法益を侵害するもの

(盗品であるならば質請けしなかったであろうという関係がある)

→窃盗罪の構成要件によって評価できない

### 【論点】不法契約と詐欺罪

\*裏口入学の事例

例1 請負人が、報酬だけ受け取って逃げた場合

●注文者は報酬の返還請求はできない(民法708条)

→注文者に損害はないのでは?詐欺罪は成立するのか

結論 詐欺罪成立

∴欺罔されなければ処分行為をしなかったであろうという点が重要

例2 裏口入学はうまくいったが、注文者が代金を支払を免れた場合

●請負人はもともと請求すべき権利がない(民法90条)→二項詐欺は成立するか

不可罰説

∴民法上なんら債権・債務は発生していない

可罰説

∴財産秩序が乱れる点については、この場合も同じである

cf. 注文者がはじめてから報酬を払うつもりがない場合→詐欺罪は問題なく成立



特に問題となる例

【論点】キセル乗車

●詐欺利得罪が成立するか

犯罪成立否定説

- ∴改札口で途中までの乗車券を呈示する行為  
→有効な乗車券を呈示しているので欺罔行為とはいえない
- ∴出札口で定期券を呈示する行為  
→やはり正当な乗車券を呈示している，係員に錯誤はない

役務提供説（乗車駅標準説）

- ・処分行為は入場と運送・処分行為者は入札係と乗務員，被欺罔者は入札係  
既遂時期は電車が動き出したとき
- ∴キセル乗車の意図を気づけば，入場させないのは明らか→ここに欺罔行為がある
- ∴不正乗車の手段としての乗車券は無効なものというべき
- ×途中下車した場合まで詐欺罪を既遂とするのは行き過ぎである

債務不履行説（下車駅標準説）

- ・処分行為は改札を通すこと，被欺罔者・処分行為者は出札係  
既遂時期は改札通過時
- ∴出札口で正規の運賃の支払が済んでいるかのように装う欺罔行為がある  
改札係員は錯誤によって請求すべき運賃の支払を請求できない  
→不作為による処分行為がある  
(処分行為→具体的な処分意思が必要ないとする説)

cf. 自動改札を利用すれば，利益窃盗（欺罔行為がないから）  
機械は錯誤に陥らない

【論点】無銭飲食（応用問題）

- ①初めから無銭飲食の意図ある場合→詐欺罪成立  
注文した時点で挙動による欺罔行為がある
- ②途中で気づいて黙って逃げた場合
  - ・注文時点では詐欺罪の故意に欠ける
  - ・黙って逃げる行為→欺罔行為ではない
 ∴利益窃盗，不可罰（単なる債務不履行）
- ③後で払いますと言った場合
  - ・後で払うと欺く→この行為自体が欺罔行為  
(相手が債務の猶予の意思表示をすれば，問題なく詐欺は既遂)
- ④忘れ物を取りに行ってくると言った場合
  - ・不作為による処分行為を認めるならば，詐欺罪

【論点】訴訟詐欺

例 裁判所を騙して、勝訴判決をもらう→詐欺罪は成立するか

否定説

- ∴裁判所は当事者の主張に拘束される（弁論主義）
- 虚偽だと分かっているにもかかわらず裁判しなければならない

肯定説

- ∴当事者間に争いある事項→裁判所は自由心証によって事実の有無を判断する  
裁判官が事実誤認し、錯誤に陥ることはあり得る
- ∴裁判所→判決の結果、強制執行によって財物を交付させることができる  
裁判所が処分権者とみうる
- \*三角詐欺＝被欺罔者と被害者が異なる場合と構成

【論点】クレジットカードによる詐欺

一項詐欺説（判例）

- ・被欺罔者，処分行為者，被害者→すべて加盟店
- ∴財産的損害→加盟店が商品を失った点
- ∴支払意思ないカードの呈示が挙動による欺罔にあたる
- ×信販会社から代金の支払を受けられるではないか  
↑反論  
信販会社が支払わない可能性がある

\*被害者は信販会社とする説もある

- ∴入金がなく，一ヶ月後に確実に損害が発生するから

二項詐欺説

- ∴財産の処分行為  
→信販会社が立て替え払いをし，行為者が債務を免れる点に求める

【論点】国家的法益と詐欺（応用問題）

国家機関に対して虚偽の申立て

→国家から何らかの給付を不正に受けたり，債務を不正に免れた場合

●詐欺罪は成立するか

・脱税→詐欺罪は不成立

∴脱税により財産上不法の利益を得るのは当然→脱税に関する罪のみで補足すべき

・旅券・運転免許証の不正取得→詐欺罪は不成立

∴一定の資格を証明する文書を発行させるに過ぎない

→財産的損害を発生させるものではない

・健康保険証の不正取得→詐欺罪成立とするのが一般

∴一定の給付を受けるのに必要な書面→経済的に重要な価値を有する

【論点】試乗による自動車の奪取（応用問題）

事例 自動車の試乗を販売店で申し込む→ガソリンを外で入れて，そのまま逃走する

●詐欺罪・窃盗罪のいずれが成立するか？

詐欺罪が成立するとする説

∴自動車は可搬性が高い

ガソリンの補給により長時間・長距離の走行が可能になる，発見が困難になる

→少なくとも単独試乗を許せばそこに処分行為がある

窃盗罪が成立するとする説

∴試着の場合などと同様に考える

(3) 恐喝罪

- ・詐欺罪における欺罔行為→恐喝となったもの(249条)
- ・恐喝の手段  
暴行→被害者の反抗を抑圧しない程度の暴行を含む  
脅迫→脅迫罪の脅迫よりも広い  
222条列举事由に対する害悪の告知に限定されない

【論点】権利行使と恐喝

(1) 他人が不法に占有する自己の所有物を取り戻す場合

他人の占有物を恐喝によって自己の占有に移す→本権説か、占有説かの問題

\* 平穏な占有説をとる→恐喝罪成立

(2) 債権の回収に際して脅迫的な言辞を用いた場合

脅迫説(旧判例)

∵ 実質的な権利侵害はないが、脅した点には犯罪性がある

× 債務を免れることと金銭を脅し取られることの利益は等価ではない

→あくまで正規の手続きでしか取戻を受けない

恐喝説(現判例)

∵ 恐喝罪は個別財産に対する罪というべき→財産的損害は認められる

\* 恐喝的手段を用いても権利行使の範囲内にあると認められるとき

→ 正当行為として違法性が阻却される可能性がある

## 6 横領・背任の罪

いずれも信頼関係に違背して財産的損害を被害者に与える罪

### (1) 横領罪

① 自己の占有する他人の物を②横領した者は、5年以下の懲役に処する。(252条1項)

① 客体 自己の占有する他人の物

- ・ 他人の物を占有する者しか犯せない犯罪→真正身分犯
- ・ 行為者の占有 事実上の占有 + 法律上の占有まで含む  
(窃盗罪における他人の占有よりも広い)

例 登記名義人, 預金名義人

- ・ 他人の物→他人の所有物
  
- ・ 委託信任関係に基づく占有である必要  
cf. 店の売り子が店の物を盗む→窃盗罪

② 実行行為 = 横領行為 (領得行為)

- ・ 横領→不法領得の意思が発現する行為  
所有者でなければできない処分をする意思が外部に現れること  
cf. 窃盗罪における不法領得の意思

【論点】不動産の二重譲渡の処理

例 不動産を二重譲渡→第二譲受人に登記を具備させる

(1) 売主の責任～第一譲受人への横領罪の成否

●自己の占有する

占有→濫用のおそれのある支配力、法律上の占有も含む

売主に登記がある場合→この要件を満たす

●他人の物

・民法上は契約あれば所有権が移転するが？

→刑法による要保護性を考慮、所有権の存在は民法とは別個に考えるべき

所有権の移転→少なくとも代金の支払があった時

●委託信任関係

売主→売買契約から、土地・登記名義を保管する義務あり

●不法領得の意思

・一時使用の目的と区別するために必要→所有者として振る舞う意思

登記移転は所有者でなければならない

∴不法領得の意思は認められる

●既遂時期

登記時に上記意思が確定的に発現している

(2) 売主の責任～善意の第二譲受人への詐欺罪の成否

・第二譲受人は所有権を取得できる→原則損害はなく、詐欺罪不成立

・事情を知っていたら買わなかっただろうと考えられる特別の事情があるとき

→例外的に詐欺罪が成立

∴詐欺罪は個別財産に対する罪

(3) 悪意の第二譲受人の責任

・横領の共犯にならないのか→なる可能性があり

↓ ただし

刑法の謙抑性→民法上有効に財産を取得できる場合を処罰すべきでない

∴単純悪意の場合→犯罪不成立

背信的悪意者→犯罪成立の可能性がある

\* 共犯と身分の話も書くこと（横領罪は真正身分犯）

【論点】不法原因給付と横領

例 拳銃の購入代金として預かっている金を横領した場合

●委託者に民法上の返還請求権なし（民法 708 条）→横領罪は成立するか

否定説

∵民法上反射的に所有権が移転し，委託者は返還請求ができない  
横領行為を処罰すれば，刑法をもって返還を強制することになる  
→法秩序の統一性を破る

肯定説

∵刑法と民法とでは他人物性を別に考えるべき  
刑法の他人物性  
→不法な領得行為に対して刑法上保護すべき利益があるかをもって判断  
↓ そして  
禁制品や窃盗犯の財物奪取は処罰される  
均衡上，不法原因給付物も横領罪の客体というべき

## (2) 業務上横領罪

- ・業務という身分を持つ者についての特別規定（不真正身分犯）
  - ・業務の意義 社会生活上の身分に基づいて、反復継続して行われる事務  
→ただし、他人物の占有が業務内容になっている必要  
例 質屋，倉庫業，運送業
- \* 普通の者から見ると，真正身分犯（他人の物の占有者だから）

### 【論点】業務上横領と共犯

事例 非占有者が，業務上他人の物を占有する者と共同で横領行為

● 65条1項で処理するか，2項で処理するか？

・通常人からすると，業務上の占有者であることは真正身分

∴ 65条1項で業務上横領罪が成立する

↓ しかし

単なる占有者が業務上物を占有する者と共犯行為を行った場合

例 質屋が奥さんと共に質物を横領

→ 65条2項で単純横領となり均衡を欠くのでは？

∴ 処断刑は横領罪を基準にすべき

## (3) 遺失物等横領罪

- ・占有を離れた他人の物を横領する犯罪（254条）
- 例 道に落ちている財布，誤配された郵便物



(4) 背任罪

①他人のためにその事務を処理する者が、②自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的で、③その任務に背く行為をし、④本人に財産上の損害を加えたときは、5年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。(247条)

\*詐欺・恐喝罪と同じ章に規定されている。注意！

①主体 他人のためその事務を処理する者（真正身分犯）

例 委任，請負，雇用契約を結んでいる者

②図利・加害目的

・図利→自己又は第三者の利益を図ること

本人の利益を図る目的でなした行為は処罰できない（例 冒険的取引）

・加害→本人に損害を加えること

③任務違背行為→権限濫用のこと

・権限→代理権がある場合に限らない，事実上与えられた権限も含む

例 不正貸付，二重抵当

④財産上の損害

・全体財産への損害→経済的損害において考える

\*一度損害が発生すれば，補填されても背任罪は成立する

\*未遂処罰規定あり（250条）

cf. 横領は未遂処罰されない

【論点】背任罪の罪質

権限濫用説

- ・代理権を濫用して財産を侵害する犯罪
- 背任行為→対外的に法律行為をなす場合に限られる

背信説（通説・判例）

- ・誠実義務に違反して財産を侵害をする犯罪
- ・法律行為に限らず、事実上の信任関係を破壊する事実行為をなすことである

【論点】事務の範囲

事実上の事務と法律上の事務とに問わず、背任罪を成立させるべき

↓ ただし

財産上の事務に限るべき（判例は反対）

∴犯罪の成立範囲を限定する必要がある、本罪は財産犯である

【論点】図利・加害目的の意義

図利→自己又は第三者の利益を図ること

（本人の利益を図る目的でなした行為は処罰できない）

●混在している場合はどうか？

→主たる目的が何であるかによって判断する

∴およそ、自己又は第三者の利益を図る目的があれば処罰

→図利目的を要件として要求した意味がなくなる

【論点】財産上の損害

例 不良貸付→金銭の支出に対して、債権を取得しているが？

- ・財産上の損害の発生→全体財産に損害を発生させることを要する

∴権限ある者による財産の処分→価値が下がらなければ義務違反なし

∴価値が同じものを対価として受け取っているならば損害なし

\*ただし、全体財産への損害は、経済的損害において考える

→債権の価値は支出された金銭の価値よりも低い

∴上の例では背任罪成立

【論点】二重抵当

(1) 背任罪の成否

●他人の事務処理者か

抵当権設定者→抵当権者に抵当権を得させるという事務を処理する者

\* 必要書類を全て手渡している場合も事務処理者か

→抵当権者の抵当権取得を妨害しないという消極的義務を負うというべき

● 図利加害目的→認められる（自己なり，他の抵当権者の利益を図る意図ある）

● 任務に背く行為

抵当権を得させることを妨害しない義務に反する行為をなしている

● 財産上の損害

一番抵当と二番抵当では価値が違う→損害もある

∴ 背任罪成立

(2) 詐欺罪の成否

横領とパラレル→原則成立しないが，特段の事情あれば成立

(3) 抵当権の設定を受けた者→共犯の成否

背任罪は真正身分犯→65条1項の問題として処理

ただし，刑法の謙抑性→背信的悪意がないかぎり共犯は成立しない

【論点】横領と背任の区別

- ・横領罪は物についてしか成立しない
- ・加害目的しかない場合，横領罪は成立しない
- ・横領罪は未遂処罰がない

●特に問題になる場合

他人の事務の処理者が自己の占有する他人の物を不法に処分

→どちらの罪が成立するのか

**解決** 行為態様で決定する

- ・横領行為→権限逸脱行為
- ・背任行為→一応権限の範囲内で行われた行為

例 取締役が会社の金員を他人に貸し付ける

手続を守れば背任，手続を全く無視→横領

\*判例理論

本人の利益を図る目的があるか  ある→ 犯罪不成立

↓ ない

自己の利益を図ることが明らかか  明らか→横領罪

↓ 明らかでない

自己名義か  自己名義 → 横領罪

↓ 本人名義

自己の計算か  自己の計算→横領罪

↓ 本人の計算

背任罪

【論点】銀行預金と財産罪（応用問題）

●講座への過剰な入金をキャッシュカードを使って現金自動支払機から引き出す行為  
→窃盗罪を構成するか

cf. 盗んだキャッシュカードで引き出せば、問題なく窃盗罪

判例（下級審） 銀行の占有を害するものとして窃盗罪が成立する

・事実上の占有→銀行に属する ∵預金名義人は単なる債権者である

・法律上の占有→正当な払戻権限がある限り、法律上の占有あり

∴過誤振込金については法律上の占有なし

●詐欺または恐喝の手段により自己名義の銀行口座に振り込ませた場合

1項詐欺・恐喝になるとする見解が通説→占有取得はあるのか？

侵害の対象になる占有と、既遂条件としての占有取得は別に考える

→振り込みにより占有取得したと見うる

cf. 2項詐欺・恐喝と見る見解→預金払戻請求権を取得したに過ぎない

【論点】背任罪と詐欺罪の関係（応用問題）

●他人の事務処理者が本人を欺いて、権限内において利益を取得した場合

例 不良貸付け→決裁を取るにあたって虚偽文書を使用した場合

詐欺罪一罪とする説（判例）

∵任務違背は詐欺罪の概念中に包含される、条文の位置

観念的競合と見る説（通説）

∵いずれも信頼を破る罪→ただし、前提としての信任関係に違いがある

両者は基本的な性格を異にする

cf. 背任罪とする説 ×量刑上の問題がある

\* 他にも盗品等有償処分あっせんと詐欺、横領とその後の欺罔行為などの理由・

結論も覚えておきたい

## 7 盗品等に関する罪

### (1) 盗品等無償譲受け、運搬・保管・有償譲受け、有償処分あっせん罪

①盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物を②無償で譲り受けた⑦者は、3年以下の懲役に処する。(256条1項)

③前項に規定する物を運搬し、④保管し、若しくは⑤有償で譲り受け、又は⑥処分のあっせんをした⑦者は、10年以下の懲役及び50万円以下の罰金に処する。(256条2項)

①**客体** 財産に対する罪によって取得された物

窃盗罪、強盗罪、詐欺罪、恐喝罪、横領罪、盗品等に関する罪など

\*両替した金銭などは本罪の客体に当たる

\*自転車を分解した部品も本罪の客体にあたる

#### 行為態様

②無償で譲り受ける

例 贈与、無利息の消費貸借（借りた方が盗品等に関する罪の犯人）

③運搬 盗品の所在を移動させること

④保管 委託を受けて本犯のために盗品などの占有を得て管理すること

⑤有償で譲り受ける

例 売買、交換、債務の弁済、利息付き消費貸借

⑥処分のあっせんをする

例 買い手を紹介する

\*盗品等に関する罪の成立→本犯が既遂である必要

⑦**主体** 本犯者は本罪の主体にならない（不可罰的事後行為）

\*故意 本犯者、被害者は知らなくてもよく、未必的認識で足る

【論点】盗品等に関する罪の本質～処罰根拠

追求権説＝権利者による民法上の返還請求が困難になるから

×禁制品・不法原因給付物について盗品等とすることができない

例 麻薬を盗んだ者から麻薬を買う行為

殺人依頼に対してだまし取った金銭を受け取る行為→処罰すべき

違法状態維持説 違法な財産状態を維持させるから

×密猟行為によって得た獲物も本罪の客体となる→処罰範囲が広がりすぎる

利益関与説 違法な利益を確保し、分け前を得るから

事後共犯説 行為後の従犯的性格がある（犯人庇護的性格）

折衷説 財産犯によって生じた違法状態を維持する罪ととらえる

【論点】盗品等に関する罪の客体

例 14歳未満の者が窃取した財物→盗品等といえるか？

財産に対する罪で取得された物

↓ ただし

罪は構成要件に該当し、違法なものであればたりる

∴本罪→本権者の追求権を侵害し、もって違法な状態を維持する罪

違法行為によって取得された物→本罪によって法益を侵害できる

【論点】窃盗教唆犯は盗品等に関する罪の主体たりうるか

本犯者は本罪の主体とならない（不可罰的事後行為となる）

cf. 共同正犯も本犯者

●狭義の共犯者かどうか

結論 共犯は本罪の主体たりうる

∴窃盗罪の共犯→窃盗罪とは罪質がかなり違う

共犯行為によって本罪の違法性が評価されているとは考えられない

【論点】不法契約と盗品等に関する罪

例 乙が殺人を請け負うといって報酬をだまし取る→これを甲に贈与した場合

●追求権説から甲に盗品等無償譲受罪が成立するか？

結論としては他の不法契約と同様に考える→犯罪成立

(2) 親族等の犯罪に関する特例 (257条)

- ・ 配偶者，直系血族，同居の親族との間で256条の罪を犯した者→刑の必要的免除理由 犯人庇護罪，事後従犯的性→親族には期待可能性がない

【論点】 親族関係は犯人と誰との間に必要か

本犯者と盗品等に関する罪の犯人との間にあればたりとする説

∴ 犯人庇護罪，事後従犯的性格（犯人をかばう，分け前にあずかる）

右行為について親族には期待可能性がない

財物の所有者・占有者・盗品等に関する罪の犯人の間のすべてに必要とする説

∴ 追権説，法は家庭に入らず

【論点】 身分関係についての錯誤

・ 本特例の法的性質→一身の処罰阻却事由

親族関係は故意の内容ではない

∴ 故意を阻却しない

\* 責任を阻却する場合があるとする説がある

∴ 期待可能性がないことがありうる

8 毀棄・隠匿の罪

器物損壊罪

- ・ 客体 器物 他人の財物・不動産も入る
- ・ 行為 損壊 物本来の効用を失わしめる行為 (261条)

例 他人の土地を勝手に耕して植物を植える，水門を開けて鯉を放流させる



## 第5章 公衆の安全に対する罪

### 1 放火及び失火の罪

#### (1) 総説

- ・ 公衆の安全→社会的法益  
被害が広く及ぶ可能性がある行為  
→かなり抽象的な危険性が発生した段階で刑罰権を発動する  
\* 抽象的な危険→結果発生の可能性が低いこと

#### 【論点】放火罪の既遂時期

● 焼損時に既遂に達する→具体的にどれぐらい燃えたら、既遂か？

##### 独立燃焼説

- ・ 火が媒介物を離れ、独立に燃焼を継続する状態に達した時点で既遂
- ∴ 公共の危険はこの時点で発生する
- ∴ 失火罪との統一的把握（未遂がない失火罪は既遂時期を早く認める）
- × 既遂時期が早すぎる
- 他に…
- 毀棄説 毀棄罪にいう損壊の程度に達したら既遂
- 燃え上がり説 主要部分の燃焼を開始した時に既遂

#### 【論点】公共の危険の意義

##### 公共の危険

- ・ 一般不特定人の多数が
  - ・ 延焼による生命・身体・財産への危害の発生を感じるに相当の理由がある状態
- 危険性発生の判断
- ・ 当該具体的状況における一般人の判断を基準→客観的に行わなければならない
  - \* 特に条文で明示している場合（109条2項，110条）に要件の認定が必要

## (2) 現住建造物放火罪

①放火して、②現に人が住居に使用し又は現に人がいる建造物、汽車、電車、艦船又は鉱坑を③焼損した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。(108条)

### ①放火行為

- ・実行の着手 直接客体に点火する場合、媒介物を利用する場合も含む  
例 人の住んでいる家を放火する目的で物置に火を付け、物置が全焼  
→現住建造物放火の未遂罪
- ・既発の火力を利用することも放火に当たる(放火の不作为犯)  
例 ろうそくが倒れる「そのまま放置して火事になったら保険金が取れる」  
→放置したら、建物が全焼した場合

### ②現住建造物

- ・起臥寝食する場所として、日常利用されている住居  
現に人がいる建物→どちらかの条件を満たせばよい
- ・住居に現に人がいることは要求されない  
例 夫婦2人暮らしで妻が旅行→夫が火を着けると現住建造物放火
- ・住居でなくても、人がいれば、現住建造物
- ・人は犯人自身を含まない→一人暮らしの自分の家に火をつけるのは109条の問題

### ③焼損→既遂に達する

#### 【論点】家屋の現住性

現に人がいるか、もしくは住居であるか  
→延焼可能性、人の生命・危険に影響が及ぶ可能性があるか否か  
例 耐火マンション、宿直室が附属されている学校の校舎  
渡り廊下でつながっている神社の本殿と宿直室

(3) 非現住建造物放火罪

放火して、現に①人が住居に使用せず、かつ、現に人がいない建造物、艦船又は鉱坑を\*焼損した者は、2年以上の有期懲役に処する。(109条1項)

前項の物が②自己の所有に係るときは、6月以上7年以下の懲役に処する。ただし、③公共の危険を生じなかったときは、罰しない。(109条2項)

①人とは犯人以外の者 例 一家皆殺しにした後、家の中にガソリンを撒いて燃やす

②自己の所有にかかっても1項で処理される場合

→差押、物権の客体、賃貸目的物、保険に付した物(115条)

③公共の危険の発生が明示的に要求される

\*現住・他人所有の非現住建造物の放火罪は未遂・予備行為が処罰される(112・113条)

(4) 建造物等以外放火罪

放火して、①前2条(108条, 109条)に規定する物以外の物を焼損し、よって②公共の危険を生じさせた者は、1年以上10年以下の懲役に処する。(110条1項)

前項の物が自己の所有に係るときは、1年以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する。(110条2項)

①とりあえず建物以外のも全部と考えておいても問題は解けるだろう

②公共の危険の発生が構成要件要素?ただし認識は不要か?

【論点】公共の危険の認識の要否

●故意の成立→公共の危険の認識が必要か

不要説

∴危険の発生が但書にある(109条2項)→処罰条件を表している

×自己の建物を燃やす故意しかない場合→犯罪の故意がないというべき

∴よって～させた(110条)→本罪は結果的加重犯, 結果を認識する必要はない

×損壊罪と放火罪では保護法益が異なる→結果的加重犯というのは無理がある

必要説

∴公共の危険→構成要件に該当する事実であるから認識は当然必要

・公共の危険の認識すら全くない場合→失火罪となるべき

×延焼の認識との区別がつかない

↑ 反論

・危険発生<sub>の認識</sub>は, → 結果発生<sub>の蓋然性</sub>が低い場合を含む

∴延焼の蓋然性の認識とは区別できる

↓ つまり

公共の危険発生<sub>の認識</sub>とは

・公共の危険の発生の予見はあるが, 延焼の具体的認識を欠いている心理的状态

(5) 延焼罪 (111 条)

構成要件

- ・ 109 条 2 項, 110 条 2 項の罪を犯して (自己物を燃やして)  
108 条, 109 条 1 項所定の物 (現住建造物か他人の建物) に燃え移った場合
- ・ 110 条 2 項の罪を犯して (自己物を燃やして)  
110 条 1 項所定の物 (他人の建物以外の物) に燃え移った場合

性質→結果的加重犯

- cf. 重い結果に故意ある場合→建造物放火罪自体が成立

(6) 失火罪, 業務上失火・重過失失火

- ・ 失火 過失によって出火せしめること (116 条, 117 条の 2)

## 第6章 偽造の罪

### 1 文書偽造の罪

#### (1) 総論

- ・保護法益 文書に対する 公共の信頼

#### 【論点】偽造の意義

- ・名義人を偽ること（有形偽造）をさす  
内容を偽ること（無形偽造）ではない
  - ∴名義が真正であれば，責任追及が可能である  
文書に対する公共の信用  
→作成権者によって真実その文書が作成されたかに向けられる
  - ∴内容的には真実であっても，作成者に意思に反して名義を冒用する行為  
→禁止する必要がある
  - ∴名義人と文章作成者が不一致をきたす文書が偽造文書
- 例 金銭の貸主が借用書を紛失→勝手にそっくりの文書を作成するのは偽造罪
- \*名義人→文書への信頼の対象  
偽造か否か→公共の文書への信頼を害するか否かで判断

#### 【論点】名義人の判断方法

- 偽造罪の保護法益→文書に対する公共の信頼
- ∴一般人が当該文書に接した場合に誰が名義人と考えるか，によって判断
  - \*名義人  
権利・義務に関する文書→権利者と義務者  
事実証明に関する文章→内容を証明する者

#### 【論点】作成者の意義

- 事実説** 実際に文書を作成した者
- ×社長が秘書にタイプさせる→秘書を文書の作成者とするのは妥当でない
- 観念説** 文書を作成させた意思の主体
- ∴現実に文書を作る者と文書の名義人は異なることが通常

(2) 公文書偽造罪

- ・主体によって、構成要件が変わる（154条・155条）
- ・天皇名義の文書の偽造・変造
- ・公務員・公務所名義の偽造・変造  
(印鑑・サインを使用するか否かによって構成要件が変わる)

(3) 虚偽公文書作成罪

- ・内容を偽った文書（無形偽造）を作成権限がある公務員が作成する罪（156条）
- ・作成権限は実質的に判断される

【論点】虚偽公文書作成罪の間接正犯

- 身分犯の間接正犯は可能か→可能  
∵身分者を道具として法益侵害できるから
- 公正証書等原本不実記載罪（157条）との均衡は？  
\* 157条→公務員を利用し、一定の重要な公文書に虚偽記入をさせる罪  
限定された重要な公文書についての間接正犯的態様を特に軽く処罰している  
↓ とすると  
法は、間接正犯形態を処罰しない趣旨と考えるのが自然  
∴無罪とすべき
- \* 事実上の作成権限ある者による間接正犯→可罰的とするのが判例

(4) 偽造・虚偽公文書行使罪

- ・行使行為の処罰（158条1項）
- ・行使とは？→真正の文書として使用すること一般  
ただし他人が認識できる状態におく必要がある
- ∴文書偽造罪→文書に対する公共の信用を保護する罪  
例 見せる・備え付ける

【論点】偽造の運転免許証と行使

- 偽造の運転免許証の携帯→行使といえるか
- 行使→文書を他人が認識しうる状態におくこと（認識可能性でいい）  
↓しかし
- 認識しうる状態にない場合→公共の信用は害されない
- ∴携帯しているだけでは行使とは言えない



(5) 私文書偽造罪

①行使の目的で、②他人の印章若しくは署名を使用して③権利、義務若しくは事実証明に関する④文書若しくは図画を⑥偽造し、又は⑤偽造した他人の印章若しくは署名を使用して権利、義務若しくは事実証明に関する文書若しくは図画を⑥偽造した者は、3月以上5年以下の懲役に処する。(159条1項)

①目的犯

②他人の本物の印鑑，サインを使って（このような文書を有印文書という）

③権利・義務に関する文書（例 借用書）事実証明に関する文書（例 履歴書）

④文書の意義

- ・文字又はこれに代わるべき符号を用い  
cf. 象形的符号を用いたものが図画 例 地図など
- ・ある程度持続的に存続できる状態で  
水で書いた文字，砂に書いた文字は文書ではない
- ・意思または観念の表示をしたもの

⑤偽造した他人の印鑑・サイン

⑥偽造とは→有形偽造（名義人を偽ること）のこと

- ・無形偽造（内容を偽ること）ではない

∴文章作成者が名義を冒用→名義人と作成者が不一致になる文書が偽造文書

\*名義人が名義使用を許可した場合→原則真正文書となる

【論点】事実証明に関する文書とは

- ・実生活に交渉を有する事実を証明するに足りる文書（判例）
- ×文書は何らかの実生活に交渉を持つもの→条文が客体を限定した意味がなくなる  
何らかの重要性を要求すべき
- ・法律上何らかの意味を有する社会生活上の事実の証明に関する文書に限るとする説
- ∴権利・義務に関する文書と並置できるようなものに限定する

他人が押印し又は署名した権利，義務又は事実証明に関する文書又は図画を①変造した者も，前項と同様とする。(159条2項)

②前2項に規定するもののほか，権利，義務又は事実証明に関する文書又は図画を偽造し，又は変造した者は，1年以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する。(159条3項)

①変造→改ざん（偽造は一から文書をでっちあげる）

②前2項に規定するもののほか→印鑑・サインを利用しない文書（無印文書）

(6) 偽造私文書行使罪

- ・作成者と同一の刑に処する（161条）

【論点】架空人名義と偽造

名義人の存在しない文書は，本罪の客体となるか→なる  
 ∴公共の文書に対する信頼を害される点は変わらないから

【論点】写真コピーと偽造

- 写真コピー→文書偽造罪の客体になりうるか
  - ・文書偽造の客体→本来原本に限る
  - ∴写し→写しの作成者による内容の変更を伴う可能性があるから（信用性なし）
  - ↓ しかし
  - ・原本と同様の社会的機能と信用性がある場合→写しも本罪の客体としうる
  - ∴写しとしての写真コピーは文書にあたる
  - ∴写真コピーは原本と同一の意識内容を保有→上の条件を満たす

- 写真コピーの作成が偽造といえるか
  - ・名義人は誰か

判断方法 一般人がその文書を見て，名義人が誰だと考えるかによって判断

- ・写真コピー→原本を見た場合と同様の信用性がある
- 一般人は名義人を原本の名義人と同様に考える→名義人は原本の名義人
- ・非本質的部分に改ざんが加えられた場合でも偽造か（変造ではないか）
- 原本と別個の文章を作り出すから，偽造というべき

- 有因か無因か

コピーに複写された印章・署名→原本の作成名義人の印章と見るべき  
 ∴有印とみる

【論点】ファクシミリの原本性（応用問題）

- ・写真コピーの判例を踏襲→ファクシミリの映像も同様の条件を備える
- ・条件
- 機械的方法により，原本を正確に複写したかのような形式・外観を有するもの
- 原本と同様の社会的機能と信用性を有するものであること
- cf. スキャナーにより読み取り，ディスプレイに画像を映したものはどうか

【論点】代理名義の冒用

例 本人をX，代理人をAとする

●代理権限がないのに代理人として署名した者→いかなる罪責を負うか

有形偽造とする法律構成

Xを名義人とする見解

∴一般人の文書に対する信用がどこにおかれるかによって名義人を判断

→代理の効果はXに帰属，文書を見た者はXを名義人と考える

「X代理人A」を名義人とする見解

∴実際に意思表示をしたのはAである点を重視

ただ，資格も重要→架空人名義となる（Xの代理人であるAは存在しない）

\*無形偽造とする立場

∴代理人という肩書を冒用したに過ぎない

【論点】代理人の権限濫用（応用問題）

●権限を濫用して作った文書は偽造文書にあたるか

判例 原則としてあたらない

∴権限内の行為である以上，無形偽造である

→無権限または権限逸脱の場合に初めて偽造罪で処罰しうる

【論点】資格・肩書の冒用

例 弁護士でないS

→同姓同名の弁護士がいることを利用，S名義の弁護士報酬請求書を作成

原則 作成名義人と作成者の間に人格的同一性が認められる限り偽造とはならない

例 講師Sが弁護士Sと名乗る→本来は肩書を偽るのみ

↓ しかし

肩書を付すと別人格になることが明らかな場合→偽造罪となる

∴文書に対する一般人の信用を害するから

\*上記場合→一般人は文書をSではなく弁護士Sが作成したと考えてしまう

【論点】名義人の承諾がある場合

原則 名義人の承諾ある場合→真正文書となる

例外 文書の性質上その名義人自身による作成だけが予定されている文書

↓ このとき

名義人と作成者の不一致→文書は不真正文書になる

∴一般人は、名義人自身が作成したと考えてしまう→信頼を害する

●交通反則切符中の供述書

例 交通事件原票・反則切符等の供述書に承諾を得て他人の名前を書き込む

∴名義人自身による作成だけが予定されている文書にあたる

∴原票・反則切符→公の手續に用いられるという特殊な性格

∴反則制度では簡易迅速な手續が要求される

●入学試験における答案

・答案用紙は事実証明に関する文書にあたるか→あたる

∴採点によって志願者の学力を示す資料となる→志願者の学力の証明に関するもの

・承諾あるのに偽造といえるか→いえる

答案は志願者自身の学力を試すもの

→性質上名義人自身による作成が予定されているというべき

## 第7章 国家的法益に対する罪

### 1 公務の執行を妨害する罪

#### 公務執行妨害罪

①公務員が②職務を執行するに当たり、これに対して③暴行又は脅迫を加えた者は、3年以下の懲役又は禁錮に処する。(95条1項)

①意義は7条1項

②職務の執行とは？

③暴行 広義の暴行（公務員に向けられた不法な有形力の行使）

例 押収したタバコを路上に捨てる，覚せい剤のアンブルを踏み割る

・脅迫 害悪の内容，通知の方法を問わない

#### 【論点】職務の執行の意義

・現実に執行中の者に加えて

・職務開始直前の執務，密接な関連を有する待機状態にある者も含む

∴公務の適正な執行を保護するために必要だから

例 昼休みが終わってまさに派出所に着こうとしている警官，退室する委員長

→いずれも職務の執行中にあたる

【論点】公務の適法性

●適法性が要件とされるか→条文上は公務の適法性は要求されない

結論 適法性は要件とされる

→記述されざる構成要件要素というべき

∴公務員の違法な行為は職務の執行とはいえない

∴違法な公務の保護→公務の適正な執行を保護するとはいえない  
公務員の身分・地位を保護することになる

●適法な公務とは

要件

①一般的・抽象的職務権限に属すること

②具体的職務権限に属すること

③法律上の重要な条件・方式を履践していること

∴軽微な違法性があるに過ぎない公務は、保護されるべきである

●判断方法

・裁判所が法令を解釈して客観的に判断する

∴公務員自身の判断→判断が恣意に陥る可能性（国民の人権保障のため許さない）

∴一般人による判断→誤解が伴いやすい（適法性→規範的構成要件要素）

・行為時の状況を基礎に判断する

∴適正な手続を踏んで、行為時に適法であった行為

→ひとまず保護する必要性がある（公務の円滑な執行のため）

cf. 事後的・純客観的に判断→公務が不適法とされる範囲が広くなりすぎる

【論点】適法性の錯誤と犯罪の成否

●不適法な公務だと考えて暴行・脅迫を行って公務を妨害した場合

→構成要件要素に対する認識の欠缺がある

∴事実の錯誤？

↓ しかし

軽率にも公務が適法でないと思いこんだ場合

→公務執行妨害罪不成立とすることはできない

∴規範的構成要件要素→私人にどの程度の認識があれば故意があるといえるか？

・社会常識に照らして通常知りうる範囲で法的意味を認識していることが必要  
素人領域における並行的評価

∴その程度の認識があれば違法性の意識を喚起できるから

## 2 犯人蔵匿及び証拠隠滅の罪

### (1) 犯人蔵匿罪

①罰金以上の刑に当たる罪を犯した者又は②拘禁中に逃走した者を③蔵匿し、又は④隠避させた⑤者は、2年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する。(103条)

- ①特定の犯罪を犯した者であることの認識が必要  
犯罪が罰金以上の刑に当たる罪であることは認識する必要はない
- ②法令に基づく拘禁を破って逃走した者 例 現行犯として逮捕された者
- ③蔵匿 場所を提供してかくまうこと
- ④隠避 犯人を逃がす蔵匿以外の一切の行為
- ⑤隠避・蔵匿行為をした者に本罪を犯した本人は含まれない  
∴期待可能性がない
- \*保護法益 国家の刑事司法作用

#### 【論点】 客体は真犯人に限るか

**結論** 限るといふべき(判例は反対)  
∴条文が「犯した」としている  
無実である者を蔵匿すること→違法性が低い  
×真犯人かどうかの判断が難しい、軽率に真犯人でないと思っても故意が阻却される

#### 【論点】 犯罪者が自らの蔵匿を他人を教唆したとき

●犯罪行為者(本犯者)による教唆→処罰できるか  
cf. 正犯, 共同正犯なら, 処罰不可  
\*旧可罰説  
∴他人を罪責と刑罰におとしめることに期待可能性がないとはいえない  
×責任共犯論的→個人主義の原則に反するのではないか

**不可罰説**  
∴他人を道具に使用したとしても, 期待可能性が乏しいのは同じ

**可罰説**  
∴他人を利用した方が蔵匿・隠避が容易になる→法益侵害の度合いが高い  
\*証拠隠滅でも同じ論証を使える  
条文が「他人の刑事事件に関する」となっていることだけ注意  
→明文で本犯者が主体とならないことを示している

(2) 証拠隠滅罪

①他人の刑事事件に関する証拠を②隠滅し、偽造し、若しくは変造し、又は偽造若しくは変造の証拠を使用した者は、2年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する（104条）

①他人の→当該刑事事件の犯人は主体にならない（∵期待可能性がない）

②実行行為

- ・ 隠滅→滅失，隠す，証人を逃がす
- ・ 偽造・変造，偽造・変造された証拠の使用

【論点】共犯者の刑事被告事件

● 「他人の刑事事件に関する証拠」

→ 共犯の場合は，証拠は自分の証拠とも他人の証拠ともいえるが？

↓

専ら共犯者のためにする意思で隠滅した場合のみ「他人の…証拠」にあたるべき

∵ 被疑者，被告人には期待可能性がない

→ すべて他人の刑事事件の証拠とする（有罪にする）のは趣旨に反する

∵ 自己の被告事件と関係ない証拠は他人の刑事事件の証拠とすべき

【論点】捜査段階における虚偽の供述

形式的には証拠の偽造にあたる

↓ しかし

偽証罪→宣誓をした者に限って処罰（169条）

↓ とすると

宣誓をしないで虚偽の証言をした者→法は処罰しない趣旨というべき

∴ 104条では処罰しない

cf. 犯人隠避罪（103条）にあたる可能性はある



### (3) 親族についての特例

前2条の罪（103条，104条）については，①犯人又は逃走した者の親族がこれらの者の利益のために犯したときは，②その刑を免除することが③できる。（105条）

①②親族は刑が免除される可能性がある

∵期待可能性がないから

③できる→任意的免除

cf. 親族相盗例，盗品等に関する罪の特則では必要的

#### 【論点】親族が他人を教唆した場合

犯人自身が他人を教唆する場合と同じように考える（ただし，免除は任意的）

#### 【論点】親族関係の錯誤

105条の法的性質→一身の処罰阻却事由

∵親族関係は故意の内容ではない→錯誤があっても故意は阻却しない

\*反対説

親族だと思った場合→逃走させることに期待可能性がないとはいえないか？

### 3 偽証の罪

#### 偽証罪

①法律により宣誓した証人が②虚偽の陳述をしたときは、3月以上10年以下の懲役に処する。(169条)

①法律による宣誓→民・刑事の訴訟事件、非訟事件で行われる

・刑事被告人は本罪の主体とならない

∵宣誓させて陳述させることができないから

②虚偽の陳述

\*保護法益 国家の審判作用

#### 【論点】虚偽の陳述の意義

**主観説** 虚偽の陳述→記憶に反すること

∵何が真実かを判断するのは裁判所である

∵記憶に反することの陳述→それだけで審判作用が害されるおそれがある

**客観説** 虚偽の陳述→客観的真実に反することとする説

∵真実に合致していれば、審判作用は害されない

例 自分の記憶は正確ではないと思って自分の真実と信ずることを証言したとき

主観説→犯罪成立、客観説→犯罪不成立

#### 【論点】犯人が教唆した場合教唆犯が成立するか

**結論** 成立するというべき

∵被告人本人が169条の主体にならない理由→証人適格がないからにすぎない

∵本人よりも他人の証言の方が信頼度が高い

→他人に偽証させるほうがより国家の審判作用を害する可能性が高い

#### 4 賄賂の罪

##### 【論点】贈収賄罪の保護法益

公務員の職務行為の不可買収性と考える立場

職務行為の公正と考える立場

\* あわせて考えるのが妥当

∴ 現実に公正が害されたか否か→単純収賄罪などの成立に無関係である

∴ 現実に公正が害されると加重処罰される

事後収賄罪などでは公正が害されること→構成要件要素となっている

##### (1) 単純収賄罪・請託収賄罪

①公務員が、②その職務に関し、③賄賂を④收受し、又はその要求若しくは約束をしたときは、5年以下の懲役に処する。この場合において、⑤請託を受けたときは、7年以下の懲役に処する。(197条1項)

① 現在公務員である者

② 職務 職務として行いうる抽象的な範囲にあればよい

- ・ 違法なものでも、正当なものでもよい
- ・ 具体的な職務内容に属さなくてよい
- ・ 関し→賄賂に職務行為との対価性が認められる必要

③ 賄賂 何らかの利益なら何でもよい

④ もらう、要求する、約束をする→全部既遂

⑤ 請託 職務に関し一定の行為を行うことを依頼すること

(2) 事前収賄罪

①公務員になろうとする者が、その担当すべき職務に関し、②請託を受けて、賄賂を受受し、又はその要求若しくは約束をしたときは、③公務員となった場合において、5年以下の懲役に処する。(197条2項)

- ①これから公務員になろうとする者
- ②請託がない場合は処罰されない
- ③公務員への就職→処罰条件

(3) 第三者供賄罪

- ・請託を受けて、公務員が第三者に賄賂を受け取らせる場合 (197条の2)

(4) 加重収賄罪 (枉法収賄罪<sup>おうぼう</sup>)

公務員が①前2条(197条、197条の2)の罪を犯し、②よって不正な行為をし、又は相当の行為をしなかったときは、1年以上の有期懲役に処する。(197条の3第1項)

公務員が、③その職務上不正な行為をしたこと又は相当の行為をしなかったことに関し、賄賂を受受し、若しくはその要求若しくは約束をし、又は第三者にこれを供与させ、若しくはその供与の要求若しくは約束をしたときも、前項と同様とする。(197条の3第2項)

- ①単純収賄、受託収賄、事前収賄、第三者供賄罪
- ②実際に不正行為を行った場合
- ③1項との違いは、不正行為と賄賂の收受の順番  
→2項は、不正行為をしてから、賄賂を受け取る

(5) 事後収賄罪

①公務員であった者が、②その在職中に請託を受けて職務上③不正な行為をしたこと又は相当の行為をしなかったことに関し、賄賂を受受し、又はその要求若しくは約束をしたときは、5年以下の懲役に処する。(197条の3第3項)

- ①退職した者
- ②請託があること
- ③不正行為を行っていることが要件

(6) あっせん収賄罪

- ・他の公務員への不正行為のあっせんに対し収賄をすることを処罰（197条の4）  
→賄賂と職務との対価関係を緩和したもの

(7) 贈賄罪

- ・賄賂を出した者を処罰する規定（198条）

【論点】「職務に関して」といえるか

●職務行為の意義

- ・職務として行いうる抽象的な範囲にあればよい
- ・職務と密接に関連する行為も含む
- ∴職務の公正・職務に対する不可買収性、ひいては社会一般の信頼を保護  
→法律上有する権限でなくても、本条の対象にする必要がある
- ∴同じ役所に勤める→担当部署が変わってから利益を得ても収賄になる

●抽象的な職務権限を異にする場合

例 不相当な行為を行った（相当な行為をしなかった）公務員  
→抽象的な職務権限の変更後、転職前の職務について賄賂を收受

事後収賄説

- ∴一般的職務権限を異にする→「職務に関して」とはいえない
- ∴公務員が退職した場合は事後収賄として処罰される権衡→無罪にはできない

×公務員であつた者という文言（197条の3第3項）

→現に公務員である者は本条の対象にはならない

通常の収賄罪（上記事例では加重収賄罪）が成立するとする説

- ∴收受の当時には公務員である
- ∴公務員の転職は日常茶飯事  
→特に当該職務を直前まで行っていた場合は、可罰性は高い

【論点】収賄と恐喝

例 公務員が職務に関し他人を恐喝して金銭等を交付させた場合

(1)公務員の罪責→恐喝罪が成立する

- 収賄罪も成立するか？→する
- ∴両罪は保護法益を異にする
- ∴恐喝罪の構成要件では国家法益の侵害について評価できない

(2)被恐喝者の罪責

- 贈賄罪が成立するか→する
- ∴畏怖しているとはいえ、未だ財物交付について任意性は認められる
- cf. 公務員が職務行為に仮託  
自己の職務と全く関係のない事項について人を恐喝し財物を交付させた場合  
→単なる恐喝罪（∴全く対価関係がないから）