

完訳の章立ては大谷先生の基本書をベースにしていると思われる(どうでもいいことですが)

認識説...故意の本質を犯罪事実の認識にあるとする説

故意と過失の区別では,蓋然性説・動機説につながる

蓋然性説...結果発生の可能性の高さをどの程度と認識したかによって決まる

動機説...行為者が認識を自己の行為動機とした場合が故意がある場合

・結果発生の可能性を認識しつつ,これを自己の行為の動機付けにした場合 故意あり

・結果発生の可能性を認識したが,これを否定しつつ行為をした場合 認識ある過失

自然犯・法定犯区別説

・自然犯においては違法性の意識不要,法定犯においては違法性の意識必要

・38条3項但書は自然犯において,宥恕すべき事由がある場合に刑を減輕しうる趣旨

P113

四 実行行為の終了時期

実行行為が終了すれば行為を単にやめるだけではたりなくな

例1 6発撃てる拳銃

1発で殺そうとし,1発撃ってあたらなかったところで後悔してやめた場合

例2 2発目で射殺しようと1発撃ち,負傷させたが,後悔して2発目は撃たなかった場合

例3 2発目で射殺しようと1発撃ち当たらなかったが,後悔して2発目は撃たなかった場合

実行行為の終了時期

客観説 客観的危険性の有無では判断 上の事例のすべてで実行行為が終了

主観説 行為者の意思・計画を基準として判断する 計画通りの行動をしたら実行行為終了

折衷説 行為者の外部的形態と行為者の意思を総合的に観察して判断する

犯罪の完成のため実行行為の継続の必要があること

継続できる状態にあつて,このことを行為者が認識している必要があること

両者満たして実行行為は終了していない,着手未遂になる

例1,3は実行の必要性あり,実行の継続が可能で,その認識もあると思われる

実行行為は終了していない

例2は,負傷させている

実行行為の継続の必要性は低い 実行行為終了とみうる可能性あり

P115

1-2 不能犯

客観的危険説

研究室にある青酸カリとのラベルが貼ってある砂糖 不能犯になる

重傷を負った被害者をピストルで撃つ(被害者は撃たれた時に死んでいた) 不能犯

P124 正犯と共犯の区別

・主観説・客観説 因果関係における条件説・原因説から導かれるもの
・減縮的正犯概念, 拡張的正犯概念 間接正犯の理論的位置づけを目指して主張されたもの
・行為支配説, 実行行為説 上の2つの理論的対立を経て, 導かれた説

2 共犯規定の適用の可否

- 一 多衆犯 集団内部への者には共犯規定を適用する余地がない
外部からの関与行為(武器の供給など)はどうか
否定説 多衆犯は集団的行動への関与を一定の態様と限度でのみ処罰しようとするもの
肯定説 特別の処罰類型がない場合は共犯規定の適用に障害となる点はない
- 二 対向犯 わいせつ物頒布罪では, 一方の者が処罰されない
教唆・幫助行為をした場合はどうか
原則として処罰しない 関与の態様が度を越した場合は例外と考える余地あり(判例)

P127 《論点》

- 一 犯罪共同説と行為共同説
共犯間において故意が異なる場合 共同正犯が成立するか
共同正犯・共犯問わず問題となると考えるのが通説
・完全犯罪共同説 同一の犯罪についてのみ共犯が成立する
故意が異なる場合は単独犯にしかない
・部分的犯罪共同説
a 重い罪の限度で共犯になり, 科刑を軽い方にあわせる
b 軽い罪の限度で共犯になる 重い罪の故意ある者にはその罪の成立を認める
・行為共同説
a 構成要件の重要部分を共同する必要(結論的には部分的犯罪共同説と変わらない)
b 自然的行為を共同すればたりる 殺人と器物損壊でも共犯が成立する

P128 犯罪共同説・行為共同説と他の論点との関係

- 片面的共同正犯 行為共同説からは肯定, 犯罪共同説からは否定
- 過失の共同正犯 かつては行為共同説からは肯定, 犯罪共同説からは否定とされていた
ただし, 犯罪共同説も, 新過失論から過失の共同正犯を肯定できる
単独犯に解消できるから否定とい説
共同正犯の本質を正犯意思と結果へ条件を与えた点に求め, 肯定する説がある
- 犯罪共同説・行為共同説 従属性説, 65条1項的か, 独立性説, 65条2項的か

P129 共犯の処罰根拠

- a 純粹惹起説 共犯と結果との因果性のみを考える
- b 修正惹起説 正犯による法益侵害を中心に考える
- c 混合惹起説 まずは正犯による法益侵害を中心に考え, 次に共犯にとって法益侵害をしているかを考える
自己の殺害を教唆した場合(教唆が不可罰になりそう) aは犯罪不成立, bは犯罪成立

自傷を唆した場合 (正犯が不可罰) bは犯罪不成立, aは犯罪成立

P131 要素従属性の問題

・最小限従属性説 正犯は構成要件に該当すればたりる

例 甲が乙に暴行を唆す 甲に正当防衛が成立しても,理論的には乙を有罪にできる

ただ論者は,必ずしも違法性は連帯しないという意味でしかないとする場合がある

例 同意殺を唆した場合,正犯は違法でも共犯は違法ではない

・誇張従属性説 正犯は処罰条件も具備しなければならない

P136 共同正犯に成否に関する問題

一 共謀共同正犯

3 共謀 一堂に会して行うことを要しない。暗黙になされてもよい。犯罪の具体的内容を詳細に知る必要もない

P137 共同正犯と過剰防衛

1 共同正犯が成立する状況 一方の共犯者に過剰防衛が成立

他方の共犯者の罪責は?

・共同正犯者の各人につきそれぞれ要件を満たすかどうかを検討して決すべき(判例)

判例は急迫性もおおのこの行為者において検討すべきとしている

正当防衛も同様に考えられる

cf .過剰防衛について責任減少説を採った場合 個々に検討することになる

P138

2 共同正犯と正当防衛

判例同様に個別化して考えられる場合

・最小限従属性説を採った場合

・違法の個別性を肯定した場合(純粹惹起説)

cf .修正惹起説 共犯の従属性を重視する考え方,個別化して考えられない

・主観的違法要素を認め,これは個別的に考える場合

・共犯従属性の理論を共同正犯に妥当しない 独自の理論を組み立てた場合

個別化して考えない場合 上の事情がない場合

例 極端従属性説,制限従属性説を採り,論理的に貫いた場合

P140

・共同正犯と量的過剰

甲乙で正当防衛 甲のみが追撃した場合

・追撃において新たな共謀が成立することが必要(判例)

P141 共謀共同正犯の肯否

・共同意思主体説 複数の個人が共同目的の下一体となる 共同意思主体全体の行為として

全体に帰責されるとする説

× 団体責任を認めるもので、個人責任の原則に反する

P142 207条との関係

甲がAに暴行を加えた後、乙が意思を通じて暴行に加わった

Aに生じた傷害がYが参加した以降に生じたか特定できなかった場合

207条を適用を肯定する(判例)

cf. 因果関係が明白な場合 利用補充関係がない限り、一部実行全部責任は否定される

P145 結果的加重犯の共同正犯

・過失不要説 結果的加重犯の共同正犯は容易に肯定

・過失必要説 過失の共同正犯の肯否に関わる? 必ずしもそうでない

基本行為は故意犯、その共同が可能だから

P145 教唆

・教唆は黙示的・暗示的なものでたりる

・特定の犯罪を実行する決意を生じさせる必要 漠然と犯罪一般を唆すのではたりない

例 単に人殺しをやれと唆す場合

・正犯が教唆者の指定通りの行為をしてなくても、教唆は成立する

・被教唆者は特定している必要があるが、実行者まで特定している必要はない

P146

三 1(2)共同教唆 ABで犯罪を共謀、Bが実行担当者 BがCを唆して犯罪を実行させた場合
間接教唆とする立場と共同教唆とする立場がある

P147 アジャン・プロボカトゥール

・未遂に終わらせることを予期しつつ、被教唆者を犯人として処罰を受けさせる目的で教唆する者 例 おとり捜査の場合 未遂の教唆の問題になる

・未遂の教唆

例1 甲が乙に「猛毒」と称して致死量に満たない薬物を手渡し、Aへの投与を唆す

・乙が実行したが、Aは体調が悪くなっただけで済んだ場合

・乙による実行の結果、意外にもAが死亡した場合

甲の罪責如何? (乙の罪責は殺人未遂とする)

未遂の教唆可罰説 殺人既遂の教唆にできる(未遂とする説もある)

未遂の教唆不可罰説 傷害致死罪の成否が問題となる

例2 甲が乙に「猛毒」と称してただの胃薬を手渡し、Aへの投与を唆す

・乙が実行したが、Aには何も起きなかった場合

・乙による実行の結果、意外にもAの体調が悪くなった

甲の罪責如何? (乙の罪責は殺人未遂とする)

未遂の教唆可罰説 殺人未遂の教唆
未遂の教唆不可罰説 過失致傷罪の成否が問題となる

P155 幫助の因果性

- a 条件関係が必要とする説
- b 通説 物理的・心理的に促進することで足りるとする
- c 因果関係不要説

例1 乙が空き巣をするにあたり、甲が何も言わず見張りをした(乙は気がつかなかった)
・客観的に幫助が役立つ状況になれば abcとも幫助は不可罰

例2 乙が空き巣をするにあたり、甲が協力を申し出てドライバーを渡した
ただし、乙がドライバーを使わなかったとする
・乙がドライバーがあつて心強い...という場合、bcは幫助を処罰する
・乙が全然役に立たないと思ひ持っていかなかった場合、cのみ可罰的

P156 の表は間違い 怪しいので無視すべき

ex.1 は、条件関係説でも従犯が成立するはず、ex.2 は、促進関係説なら重犯が成立するはず

P164 三 共犯と身分に関する問題点

6 消極的身分犯と共犯

消極的身分 一定の身分がないこと、消極的身分犯 無免許医業罪

・これは65条の問題としないのが判例

医師甲が、医師免許がない乙を唆し、無免許医業を行かせた場合

医師免許がない身分が連带的に作用する...という複雑な構成はとらない

P165 違法身分・責任身分で区別する説 判例と同様に考えればよい

・違法身分 = 真正身分、責任身分 = 不真正身分

#実益は? 65条1項、2項の使い分けを説明したことになる

学説ごとのあてはめのポイント 非身分者が不真正身分犯に加功した場合に違いが出てくる

例 保護責任がない甲が、保護責任者を唆して、被保護者を遺棄した場合

甲の罪名が保護責任者遺棄罪になるか、単純遺棄罪になるかの違いがある

P167 賭博罪の問題

(1)非常習者が常習者に賭博を教唆

判例・通説 常習性は「身分」に当たる 65条適用肯定説、2項により単純賭博罪

常習性は行為の類型でもある

反対説 常習性は「身分」に当たらない 65条適用否定

常習性は行為者の属性(他人に波及しない) 結論は単純賭博罪の教唆

(2)常習者甲が非常習者に賭博を教唆した場合

判例 2項により常習賭博罪とする(甲にとって常習罪が通常の刑)

学説 単純賭博罪とする

- ・正犯は賭博罪 従属性の考えから正犯の刑を基準に考える(65条2項を適用しない)
- 常習性を行為者の属性とみるか、「常習性がない」という身分は65条と関係がないとする

整理

- ・判例 独立性説的に考える
- ・常習性を行為者の属性と見る場合 いずれも単純賭博
- ・常習性は身分であるが、非常習性は身分でないとする場合 従属性説的に考える
常習性
- ・行為の属性と考えた場合 = ただの一回賭博をただで常習賭博罪になる
- 例 10円ゲームの設置, 経営 ただの1度でも, 常習賭博罪にできる
- ・行為者の属性と考えた場合 = 常習といえる程度の継続が必要

P168

- 3 強姦罪の場合 女性が男性と共謀して, 強姦罪を犯した場合の共同正犯の成否
共同正犯を否定する場合
 - ・強姦罪を自主犯とした場合 自ら手を下すしかない犯罪とみるから
 - × 他人を利用すれば法益侵害ができる
 - ・強姦罪を身分犯とした上で, 65条1項は共同正犯を含まないとした場合

P174

- 2 不作為による教唆犯 否定
- 3 不作為による幫助犯 肯定
 - # 前提として正犯か従犯かの区別が問題になる 例 論文本試験平成13年度1問

《論点》一 不作為犯に対する共犯

- たとえば作為義務ある者に不作為を教唆することも教唆とするのが一般
- # 身分犯とみるか, 特別な構成なしに共犯を成立させるかいずれの考えもある
 - ・作為義務ない者が自ら手を下せない点を強調すると身分犯
 - ・身分犯が身分ある者に特別な義務が課せられた点を強調 身分犯でない
作為義務がない者が手を下せないのは, 状況的に無理というのみ cf. 収賄罪, 業務者

二 不作為による正犯と従犯の区別

- ・他人が犯罪行為をする 作為義務があるのにあえて止めない者の罪責
 - a すべて従犯とする説 関与の度合いが積極的でない
 - b 作為義務がある以上, 原則として正犯とする説
 - c 法益侵害を直接回避する義務があるかどうかで区別する
 - 例 監護義務ある親 子が死にそうなら助けるべき
 - cf. 子が誰かを加害しようとした場合 親は止める義務があるが, 従犯
親の義務は, 被害者を保護すべき義務ではない
 - d 正犯か従犯かは実質的に判断するとい説

P193 執行猶予

【25条】

1項 初度の執行猶予

要件

・禁錮以上の刑に処せられたことがない者 言渡しの消滅を含む

処せられた場合 執行を終わった日,または執行の免除(例 29条)を得た日から
5年以内に禁錮以上の刑に処せられたことがない者

・刑の言渡しに3年以下の懲役もしくは禁錮,50万円以下の罰金

罰金の執行猶予は可能,初度というためには罰金刑の前科はあってもよい

「前に」の解釈

単に言渡しの前に,前科についての判決が下されていればよいとするのが一般

言い渡すべき犯罪の実行の前に,前科の判決が下されていなければならないとの説もある

2項 再度の執行猶予

要件

・刑に処せられたが執行を猶予されたこと(保護観察がないことが必要)

1項は執行猶予の言渡しがある場合は適用されないことが分かる

・1年以下の懲役または禁錮の言渡しを受けたこと

罰金については再度の執行猶予はない。例 前に禁錮,次に罰金の場合

・情状に特に酌量すべきものがあること

【26条】執行猶予の必要的取消 猶予された刑,新たな刑があわせて執行される

・猶予期間中に禁錮刑以上の刑に処せられ,25条2項が適用されない場合

罰金刑に処せられた場合 任意的取消の対象になるに過ぎない

・刑の処せられた原因となる罪は猶予期間中か前かは問わない

【27条】猶予期間経過 執行がおわる...を超えて言渡しが消滅する,前科の消滅と考えてよい

P197

【34条の2】言渡しの消滅

・禁錮以上の刑の執行の終了または免除 10年経過により消滅

・罰金以下の刑では5年の経過により消滅

・刑の免除の言渡し 2年で消滅

P196

【28条】仮出獄 無期でも10年で仮出獄ができる

・懲役・禁錮に処せられた者に改悛の状があるとき 仮出獄

・仮出獄の取消 出獄中の日数は刑期に算入しない

仮出獄期間中取り消されなかった時 刑の執行が終了したもとする(執行の免除)

【31条】刑の時効 判決確定後の時効(現実にはあまり重要ではない)

【42条】自首等

要件

・捜査機関に発覚する前 = 犯罪事実が発覚していない場合, 犯人が誰か分からない場合
cf . 所在不明は含まない

効果 総則の自首 任意的減輕

P218 各罪ごとの減輕もある。予備, 自首など。多くは必要的減輕, 減免, 免除

cf . 放火・殺人予備, 犯人蔵匿・隠避における親族の特例は任意的

P202

2 犯罪が一罪か数罪かの基準

罪数決定の基準 構成要件標準説が通説

・ただし, 行為の個数, 侵害された法益の数も重要な判断要素になる

3 本来的一罪 (犯罪成立上の一罪)

(2) 法条競合

数個の構成要件に該当するように見えるが, 構成要件相互間の関係で1罪とされる場合
特別関係, 補充関係, 択一関係, 吸収関係

(3) 包括一罪

数個の構成要件に該当するように見えるが, 一個の構成要件で包括評価される場合
例 同一人を逮捕し, 更に監禁, 盗品を運搬して保管, 詐欺と強盗利得罪

【45条】確定裁判を経ていない数罪 併合罪

cf . 確定裁判を経て, 執行終了後また罪を行った場合 再犯になることあり(56条)

【46条 ~ 53条】併合罪加重

・死刑は没収しか併科できない, 無期懲役・禁錮には罰金・科料・没収が併科できる

・有期禁錮・懲役 長期のみ1.5倍 (短期は複数の罪のうち最も重たいものが選択される)

・罰金と他の刑は併科できる, 罰金を併科するときは多額の合計以下。没収同士も併科できる

・拘留と科料 他の刑と併科できる

【50条】の結果 AB罪が犯され, A罪について判決 B罪について更に処断する

二つの刑の執行は51条に従い, あわせて執行する【51条】

P209

・観念的競合が否定された例

酒酔い運転と業務上過失致死, 2つの速度違反

cf . 免許不携帯罪と酒気帯び運転, 無免許運転と酒気帯び運転, 救護義務違反と報告義務違反は観念的競合

P210 牽連犯の例 住居侵入と窃盗・強盗・強姦・放火, 逮捕と恐喝, 各偽造罪と行使罪
行使罪と詐欺罪

否定される例 放火と保険金詐欺, 監禁罪と傷害罪, 強盗殺人と放火, 殺人と死体遺棄

P210

《論点》

一 かすがい現象

- 1 本来併合罪となるべきA B罪 (例殺人と放火) C罪 (住居侵入)とA B罪が牽連犯結果として, 数罪全体が科刑上一罪として取り扱われること (判例)

P211 共犯と罪数 判例

・罪の個数 (評価上一罪か否か) 正犯行為基準説

・観念的競合にすべきかどうか 共犯行為基準説

例 甲がA Bに同時に教唆 A Bがばらばらに犯罪をした場合

A Bについて 2罪が成立し, 観念的競合になる

例 甲がA Bにばらばらに教唆 A Bが共謀して犯罪をした場合

A Bについて 1罪が成立

P213

【56条 ~ 57条】累犯 懲役に処せられた者が執行終了から5年以内に罪を犯した場合
再犯加重 長期のみ 2倍とする, ただし20年を超えることはできない

P216

【66条, 67条】酌量減輕, 法律上の減輕に加えて, 減輕することができる
最後の刑の調整の手段

P217

【68条】死刑を減輕するときは無期または10年以上, 無期を減輕するときは7年以上
・有期懲役・禁錮・罰金 上限と下限を2分の1とする

【72条】まず1罪に関する法定刑を定める 再犯加重, 法律上の減輕
次に, 他の罪との関係 併合罪加重
最後に重すぎる場合の調整 酌量減輕

【刑法各論】～個人的法益に対する罪

P332

【199条】人の終期 3兆候説(呼吸脈拍の不可逆的停止,瞳孔拡散)が通説

P333

人の始期 一部露出説(判例)が通説

・墮胎により排出された嬰兒 程度の差はあれ,人として保護される

【201条】殺人予備罪 目的犯,任意的免除

【202条】自殺関与・同意殺人

一 「人」 自殺の意味を理解し,自由な意思決定の能力を持つ者をいう

幼児・心神喪失者は本罪の客体になりえない(これを騙すと殺人罪になる)

二 行為

・教唆の手段に制限はない(意思決定の自由を奪う場合は殺人になる)

・幫助は自殺行為を援助し,自殺を容易にすること

P339 胎児性致死傷

・生まれてきた「人」に対する罪が成立するという説

傷害行為の時点で客体たる人が存在する必要はない

× 状態犯であり,結果発生と同時に犯罪が完成することに反する

× 母親の不注意で生まれた子に傷害結果が発生した場合 犯罪になるのか

・母体に対する傷害を認める説

胎児は母体の一部であるとする説(判例)

× 自己墮胎が罪になることが説明できない

母体機能障害説 健康な子を産む機能が害されたとみる説

× 母親の身体に医学上の問題が生じていないのに傷害とすることはできない

P340 (傷害の意義)

a 人の身体的完全性を害すること

b 生理的機能を害すること,および身体の外形に重要な変更を加えること

毛髪の切り取り aは傷害, bは大幅に切り取った場合は傷害

P341

【205条】現場助勢罪 傷害結果の発生を条件として助成行為を処罰

・幫助の特別限定類型と見る説

暴行の結果しか発生しなかった場合 暴行の幫助

・幫助にあたらぬ行為を独立の犯罪と見る説

暴行の結果しか発生しなかった場合 無罪

cf .幫助に至ることをした場合 通常の幫助犯が成立する