

## 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

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 傷害罪

・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？（乙の罪責は殺人既遂とする）

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

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

甲の罪責如何？（乙の罪責は具体的危険説から殺人未遂とする）

未遂の教唆可罰説 殺人未遂の教唆、未遂の教唆不可罰説 不可罰

・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

## P193 執行猶予

### 【25条】

# 「前に～刑の処せられた」の解釈

(1) 「処せられた」の意義 実刑の他、執行猶予も含む 2項との関係

(2) 「前に」の意義

a単に言渡しの前に、前科についての刑の言い渡しされていればよいとするのが一般

b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

A B罪を犯す 先にA罪について判決が出た場合

B罪についてaは初度目の執行猶予にできない（B罪の前にA罪の前科がある）

bはできる（B罪の実行の後にA罪の刑の言渡しがされている）

## 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 罰金刑に処せられた時など、裁量的、出獄中の日数は刑期に算入しない

cf .執行猶予は必要的取消、罰金は裁量的取消

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のとする（執行の免除）

### 【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 A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

P267

【130条】住居侵入罪

1 「人の住居」 現に使用されている限り,居住者が常に現在している必要はない

・建物の中の区画された部分も独立に住居たりうる

入室許可がない部屋,箇所に入ると住居侵入

・所有関係は問わない,必ずしも適法であることを要しない

出て行かない借家人の部屋に鍵で開けて中に入るのは住居侵入

・共同生活者は犯罪の主体にならない

cf .家出中の子供が窃盗・強盗目的で侵入 住居侵入罪になる

2 「人の看取する邸宅...」 事実上の管理支配 例 管理人がいる,鍵画がかけてある

・邸宅 例 別荘など

・建造物 例 駅舎,学校など

3 建物に付属する\* 囲繞地も住居・建造物に含まれる

\* 囲繞地 塀で囲まれ土地の境界を画する設備がある

建物の付属地として建物利用に供されることが明示されている土地

(不退去罪)

・住居侵入罪が成立しないこと,退去の要求を受けたにも関わらず住居などから退去しないこと

・継続犯

《論点》

・侵入の意義 平穩説,新住居権説

平穩説も違法な侵入目的を考慮するか,客観的な事情のみで判断するか争いある

・推定の承諾の問題,承諾の有効性など他の要素を考慮するのが通常

いずれの説に立つかによって結論は一義的に決まらないのが特徴

P271

【133条】信書開封 封をしてある信書を明けた者を処罰する

クリップで留めてあるといふ程度は封に当たらない

【134条】秘密漏示

身分犯 医師,薬剤師,弁護士,教諭士など特定の職にある者しか犯せない

実行行為 業務上知り得た他人の秘密を漏らすこと

一 客体

1 「秘密」 少数者にしか知られていない事実,知られると本人の不利益になるもの

cf .公然の秘密ではだめ

2 「人の」秘密 人 現存することを要する,法人など団体も含む

3 業務上知り得た秘密である必要 偶然に知った秘密は含まない

二 違法性阻却 正当な理由がある場合

例 本人の承諾,法令上の根拠,義務の衝突の場合など

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

P341

【207条】同時傷害の特例

a 傷害罪にのみ適用する説, b 傷害致死に適用範囲を広げる説 (判例)

事例 甲がAを暴行し, その直後に乙がAを暴行 (両者に意思の連絡なし) Aが死亡

事例1 因果関係が全く分からない場合

a 致死事件に適用しないとする説 甲乙とも傷害未遂 = 暴行になるのみ

傷害の限度で適用できるとする説 甲乙とも傷害罪になるのみ

b 甲乙とも傷害致死罪

事例2 甲が手を怪我させたが, 誰が致命傷となった頭の怪我をさせたか分からない場合

a 致死事件に適用しないとする説 甲は傷害罪, 乙は傷害未遂 = 暴行になるのみ

傷害の限度で適用できるとする説 甲乙とも傷害罪になるのみ

b 甲乙とも傷害致死罪

事例3 甲が手を怪我させ, 乙が致命傷となった頭の怪我をさせた場合

学説の争いは関係ない, 甲は傷害, 乙は傷害致死

P342 暴行の具体例

例 太鼓を打ち鳴らす (音光電気などエネルギーによる暴行), つばを吐きかける

狭い場所で刀を振り回す, 車の幅寄せ, 石を投げる (あたらなくてよい)

P344 【208条の3】凶器準備集合及び結集罪

・集合 集まること ・結集 集めること 結集は集合罪の教唆ではないか?

# 結集罪の成立 刑が重いこと, 罪質からして自ら凶器の準備が必要とされる

よって

・凶器を準備し, 情を知らせず集める 結集罪のみ成立

・凶器準備集合があることを知って, それに加わるように唆す 集合罪の教唆のみ成立

P345

凶器準備集合及び結集罪の罪質

・公共的な社会生活の平穏を保護法益とした場合 加害行為を開始しても本罪継続

・もっぱら生命・身体に対する罪, 暴行・傷害の予備罪 加害行為の開始により本罪は終了

P346

【211条】業務上過失致死傷等

「業務」の意義

・人が社会生活上の地位に基づき反復継続して行う 主婦の炊事は業務ではない

・他人の生命・身体に対する危険を含むものである必要 猟銃の射撃は業務

・適法である必要はない 無免許運転, 無免許の医師の治療も業務

P347 第29章 【212～216条】墮胎の罪

「墮胎」自然の分娩期に先立って胎児を母体外に排出すること 胎児の生死は問わない

《その他》

・妊婦が医師を教唆して墮胎させる 妊婦の罪は自己墮胎 # 業務上墮胎の教唆ではない

65条2項

・医師への業務上墮胎の教唆をした者 65条2項で同意墮胎罪

・妊婦への自己墮胎の教唆と、医師への業務上墮胎の教唆をした者

結論として刑は同意墮胎罪の限度になる

・妊婦の承諾がないのに、医師に教唆をして墮胎させた者 不同意墮胎罪の教唆

#### P348 第30章【遺棄の罪】

【219条】遺棄致死傷「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する」

長期・短期を傷害および傷害致死罪と比べ、重い方を採るということ

例 保護責任者の遺棄により、被害者が病気になった 3月以上10年以下  
3月は保護責任者遺棄による

例 保護責任者の遺棄により、被害者が死亡した 2年以上  
傷害致死は長期・短期とも重い

#### P350

【217～218条】遺棄の意義

・217条の遺棄は移置、218条の遺棄は置き去りを指すとする説

# 実質的に判例と大塚説は変わらない

× 文言の統一的解釈に反する

保護義務と作為義務が同一 それだけで保護責任者遺棄の重罰性は説明できない

・217,218条とも移置・置き去りを含むとする説

× 保護義務と作為義務の区別をする必要が生まれる

・217,218条とも作為による遺棄のみを指すとする説

保護責任者による置き去りは不保護に含める

× 保護義務と作為義務の区別をする必要が生まれる

× 遺棄とは場所的離隔を伴うものをいうことに反する

保護義務と作為義務が同一 それだけで保護責任者遺棄の重罰性は説明できない

#### P351

##### 二 遺棄罪の罪質

・抽象的危険犯説(判例・通説)

cf. 準抽象的危険犯説 ある程度の危険の発生を必要とする説

例 養護施設のベッドに置き去りにする、子を誰かが拾うのを見届ける 犯罪不成立

・具体的危険犯説 生命・身体に対する具体的な危険発生を要するとする説

× そのような要件は条文に要求されていない

##### 三 ひき逃げ事犯

・道路交通法上の救護義務により直ちに保護責任が肯定されるわけではない

単なるひき逃げについては保護責任は否定される

P352 【221 条】逮捕等致死傷 人を死傷させた場合，傷害の罪と比較して重い刑により処断する  
例 監禁致傷 3月以上10年以下となる

P354 【222 条】脅迫

- 二 「人」に法人を含むか 含まないとする下級審判例あり  
保護法益 私生活の平穩，個人の行動の自由とみるべきだから
- 三 1 行為 被告知者またはその親族の法益に関する害悪の告知に限る  
条文の利益 限定列挙と見るべき 罪刑法定主義  
貞操に対する加害 自由に含める  
村八分の通告 名誉の侵害とみることができる(判例)  
既遂時期 脅迫が了知しうる状態に達すること

P355

【223 条】強要罪 暴行・脅迫をもって人に義務のないことを行わせた場合  
強要未遂 脅迫罪と必ずしも重ならない 例 暴行による場合など  
・脅迫の意義は，脅迫罪のそれと同じ，暴行は広義の暴行  
義務なきこと  
例 謝罪文を書かせる，土下座して謝らせる，選挙権行使を妨げる，告訴を中止させる

P356

【224 条】略取および誘拐

- 一 行為 拐取  
他人をその生活環境から不法に離脱させ，自己または第三者の事実上の支配下に置くこと  
暴行・脅迫を手段とするのを略取，欺罔的手段を用いるのが誘拐
- 二 既遂時期 実力的支配下に移したとき  
(未成年者を監督状態から離脱させただけではたりない)  
《論点》  
・未成年者略取・誘拐罪の保護法益  
被拐取者の自由と見る説 本人の同意がある場合は無罪  
監護権・親権と見る説 監護権者がいない未成年者への拐取は無罪  
監護権者による拐取は無罪  
の両者と見る説 犯罪が最も成立しやすい

《その他》拐取において営利・身代金等の目的がある場合 そちらしか成立しない

【225 条】営利目的等拐取 営利，わいせつ，結婚目的

営利 報酬を得る目的など，結婚 内縁も含む  
既遂時期 目的を達する必要はない

【225 条の2】身代金目的拐取

1項 金品を交付させる目的で拐取をした場合

2項 拐取した者が金品などの要求をした場合,安否を憂慮する者以外にすると恐喝罪  
# 構造は加重収賄に似ている?

P358 「憂慮する者」 親族より広い,社会通念上憂慮するのが当然と見られる特別な関係  
・社長の拐取 銀行幹部は憂慮する者にあたる,婚約者,友人でもよい  
2項 要求する行為」 意思表示を発信するだけで既遂

P359

【226条】国外移送目的拐取 人身売買など?

【227条】被略取者收受等 各種略取・誘拐を幫助する行為を処罰

【228条】未遂処罰の規定,要求罪のみ未遂が考えられず,未遂処罰の対象にならない

【229条】解放減輕 公訴提起前の安全な場所への解放,必要的減輕

・被拐取者の生命・身体の安全を図るための政策的規定

【228条の3】身代金目的略取等 予備の処罰

・実行着手前の自首に限り,減輕・免除 減輕・免除は必要的

【229条】親告罪 婚姻したとき(取消・無効がないことが必要)は告訴の効力がない!

P361 ~ P365

【230条 ~ 231条】名誉毀損罪,侮辱罪

両者の保護法益

aいずれも外部的名誉・名誉感情とする説 事実の摘示の有無により区別

# 両者の違い 法人に対する侮辱・名誉毀損の成否に関わる

b名誉毀損は外部的名誉,侮辱罪は名誉感情とする説 保護法益で区別

x 名誉毀損罪が不可罰とされても,侮辱罪が成立する可能性がある

【232条】名誉毀損・侮辱罪は親告罪

P366 第35章 信用及び業務に関する罪

【233条】信用毀損及び業務妨害

・人 法人やその他の団体を含む

・「信用」 経済的信用,人の支払能力,支払意思に対する社会の信頼

P367 二 手段・態様

1 偽計

例 そば10人前...と嘘の電話をかけて配達をさせる,店への無言電話

電話料の課金装置の作動を不能にする,海底に埋めた障害物による漁網の破損,

2 威力

蛇をまき散らす,動物の死体・汚物を置く,競馬場に釘を巻く,シュプレヒコールによる騒音  
発煙筒を焚く,業務用鞆の隠匿,店を板囲いする

## 業務と公務の関係

- a 公務はすべて業務に含まれるとする説  
偽計による妨害はすべて業務妨害罪にできる
- b 公務はすべて業務に含まれないとする説  
学校,郵便事業などを偽計により妨害しても無罪
- c 非権力的公務に限り業務に含まれるとする説  
学校,郵便事業などに限り偽計により妨害すると業務妨害罪
- d 身分振り分け説 客体が公務員か非公務員かにより区別  
業者に委託された公務のみ業務妨害罪の対象になる

P370

【234条の2】電子計算機損壊など業務妨害

例 銀行のオンラインを動かなくするなど

P372

## 第36章 窃盗及び強盗の罪

【235条】窃盗罪

P372(2)支配の事実

・被害者の占有を離れた物でも,第三者の事実支配が認められる場合がある

例 終了後の劇場,車庫に入った電車 cf.開演中,営業中は占有離脱物

### 4 占有の他人性 ;共同占有の場合

他者の占有もあるから,自己単独の占有に移せば窃盗罪になりうる

### # その他

湖に落とした指輪 回収を委託されたダイバーが盗れば窃盗

カメラの置き忘れ 20メートル離れても占有あり

遊びに来た猫 買主の占有あり cf.迷い猫,鳥

ゴルフ場のロストボール 侵入して持ち去れば窃盗

## 四 着手時期・既遂時期

### 1 着手時期 物色行為説

土蔵 侵入の開始をもって着手あり

スリのあたり行為は着手なし cf.現金を取ろうとしたら着手あり

### 2 既遂時期

風呂に置き忘れた指輪 浴室内の隙間に隠匿すれば既遂

《論点》

P373 ~ P374

・占有説への批判 窃盗犯人による物の損壊が不可罰的事後行為となることを説明しにくい

窃盗犯人からの取り返しは有罪,例外的に違法性阻却で説明

・本権説 窃盗犯人から第三者が盗品を盗んだ場合,窃盗罪の成立がさせにくい  
窃盗犯人からの取り返しは犯罪不成立

P374

## 二 死者の占有

殺害後財物奪取の意図が生じた場合

・占有離脱物横領説

・窃盗説 死者の占有を認めるか,生前の占有が侵害されたとみるか

# 強盗説 (少数説)もある

× 実行の着手時に,暴行・脅迫を財物奪取の手段とする故意に欠ける

P376 封緘物における各学説からのあてはめ

・乙説は無視してよい 後は入門で説明した通り

# 委託者に占有がある場合 窃盗, 受託者に占有がある場合 横領

## 五 過誤振込金の引き出し

・キャッシュカードを用いた場合 窃盗罪

物の事実上の占有は銀行にある,私戻権限がないから法律上の占有もない

cf .窓口で引き出した場合 詐欺罪

# 恐喝により金を振り込ませた場合 振込の時点で1項恐喝が既遂となるのが一般  
占有取得したとってよいのか? いてよいとするのが一般

cf .預金払戻債権を取得した点をとらえ,2項恐喝とする立場  
事実上の占有がない点は整合性あり

P378 条

・不法領得の意思不要説

使用窃盗については可罰的違法性がない,占有移転がないなどで妥当な結論を出す

# 毀棄目的については窃盗罪とせざるを得ない

・本権説 所有者を排除する意思を必要としやすい

・占有説 意思を不要としやすい

# 経済的用法にしたがって利用する意思 利欲犯だから重く処罰することを主眼にする

### 【235 条の2】

・不動産 土地・建物

・侵奪 自己・または第三者の事実上の占有を設定する必要

侵奪の例 恒久的建造物を建てる,塀で囲んで立入りを不能にする,標識をずらす

cf .登記の改ざん,境界線を不明確にするだけではたりない

賃貸借契約期間終了後の不退去も本罪を構成しない

P380 不動産の強取 1項強盗罪になるか

- ・1項強盗にできるとする見解 「財物」概念を窃盗と強盗で分けて考える
- ・2項強盗とすべき 規定が新設されたことから、窃盗罪の客体にならないことが決定

P381

【236条】強盗

一(3)ひったくりと強盗 本来ひったくりは窃盗

自動車を利用して走りながら奪う

生命・身体に重大な危険が生じる可能性がある場合は強盗

P388

【238条】

結合犯説 窃盗は事後強盗の一部、強盗と構造を同じくする

- ・途中加功は承継的共同正犯 強盗罪成立とするのが一般
  - ・窃盗の既遂・未遂で事後強盗の既遂未遂を説明しやすい
  - ・窃盗に着手しただけでは事後強盗罪の未遂にならないことを説明しにくい
- cf .身分犯説 強盗致死傷と構造を同じくする、途中加功は65条の問題

【239条】昏睡強盗

・昏睡させる

意思作用に傷害を生じさせ、財物についての事実的な支配が困難な状態に至らせること

例 睡眠薬や麻酔を用いる、泥酔させる

・財物奪取のため、昏睡させる必要 これを欠く場合は窃盗などが問題になるに過ぎない

P390

【240条】強盗致死傷

三 置き引きを被害者に阻止されそうになる

反抗抑圧にたりない第一暴行を加えて逃走

追いかけてきた被害者に反抗抑圧に足る第二暴行を加える

結果

傷害結果発生、いずれの暴行によるものか分からない

下級審判例 事後強盗罪 + 傷害罪の成立、強盗傷人罪は認めなかった

暴行は一連のもの 傷害にできる

強盗にするには、反抗抑圧に足る必要、ここから傷害結果が発生したといえない

以上、強盗精進にはできない