

入門コース《スタンダード》

1.5 年本科生

W セミナー 司法書士講座

刑法

体験用テキスト

※入門コース《スタンダード》1.5 年本科生で使用する「テキスト」の基礎講座刑法第 1 回部分を抜粋して掲載しております。

また、冒頭にテキスト全体の目次、学習進度表を付けさせていただいております。今後の講義スケジュールの参考として併せましてご参照いただければ幸いです。

TAC

は し が き

本書は、司法書士試験において出題される刑法について解説した受験用のテキストです。

司法書士試験において、刑法は午前の部(択一式)35問中3問出題されています。全体的な問題数に占める割合は小さいですが、出題範囲が広く、刑法の基礎的な考え方を理解していないと、条文を読んだり、判例を覚えてただけでは、得点しにくい科目であることから、学習する上で難しい科目といえます。

そこで、本書は、初学者の方にもできるだけ刑法の骨組みや条文・判例を分かりやすくするため、いくつか配慮をさせていただきました。

- ① 複雑な権利関係を理解し易くするために、「ケーススタディ」として数多く具体的事例を挙げて説明をしています。
- ② 結論だけでは、理解しにくい箇所は、矢印(→)で理由を示し、分かり易くしています。
- ③ 重要論点について、特に見解の対立があり、推論問題が出題されると予想されるものには、問題提起と見解の根拠および帰結を表にまとめています。

本書は、司法書士試験で出題される範囲をひとつと網羅しておりますので、講義と共に本書をじっくりと読みこんでいただき、トレーニングや過去問集、答練などを利用して演習をしっかりとこなせば、本試験においてもしっかり対応できる実力が身につきます。本試験合格を目指して頑張りましょう！

T A C 司法書士講座

目 次 ※学習進度表は、(4)をご覧ください

第 1 編 刑法総論

第 1 章 基礎理論	P 2
第 2 章 犯罪論	P 10
第 1 節 犯罪の意義・分類	P 10
第 2 節 構成要件該当性	P 16
第 3 節 違法性	P 38
第 4 節 責任	P 64
第 5 節 未遂犯	P 69
第 6 節 共犯	P 83
第 7 節 罪数	P 110
第 3 章 刑罰論	P 117

第 2 編 刑法各論

第 1 章 個人的法益に対する罪	P 134
第 1 節 生命・身体に対する罪	P 134
殺人の罪	P 134
傷害の罪	P 136
過失致死傷の罪	P 142
堕胎の罪	P 144
遺棄の罪	P 145
第 2 節 自由に対する罪	P 149
脅迫の罪	P 149
逮捕および監禁の罪	P 151
略取、誘拐および人身売買の罪	P 153
強制わいせつおよび強姦の罪	P 155
第 3 節 私生活の平穩に対する罪	P 160
住所を侵す罪	P 160

	秘密を侵す罪	・ ・ ・ ・ ・	P 164
第 4 節	名誉・信用および業務に対する罪	・ ・ ・ ・ ・	P 166
	名誉に対する罪	・ ・ ・ ・ ・	P 166
	信用および業務に対する罪	・ ・ ・ ・ ・	P 170
第 5 節	財産に対する罪	・ ・ ・ ・ ・	P 174
	窃盗の罪	・ ・ ・ ・ ・	P 179
	強盗の罪	・ ・ ・ ・ ・	P 192
	詐欺の罪	・ ・ ・ ・ ・	P 204
	恐喝の罪	・ ・ ・ ・ ・	P 218
	横領の罪	・ ・ ・ ・ ・	P 222
	背任の罪	・ ・ ・ ・ ・	P 231
	盗品等に関する罪	・ ・ ・ ・ ・	P 235
	毀棄および隠匿に関する罪	・ ・ ・ ・ ・	P 240
第 2 章	社会的法益に対する罪	・ ・ ・ ・ ・	P 247
第 1 節	公共の平穩に対する罪	・ ・ ・ ・ ・	P 247
	放火および失火の罪	・ ・ ・ ・ ・	P 247
第 2 節	公共の信用に対する罪	・ ・ ・ ・ ・	P 260
	通貨偽造の罪	・ ・ ・ ・ ・	P 260
	有価証券偽造の罪	・ ・ ・ ・ ・	P 264
	文書偽造の罪	・ ・ ・ ・ ・	P 268
第 3 節	公衆の健康に対する罪	・ ・ ・ ・ ・	P 293
第 4 節	風俗に対する罪	・ ・ ・ ・ ・	P 294
第 3 章	国家的法益に対する罪	・ ・ ・ ・ ・	P 301
第 1 節	国家の存立・国交に対する罪	・ ・ ・ ・ ・	P 301
第 2 節	国家の作用に対する罪	・ ・ ・ ・ ・	P 302
	公務の執行を妨害する罪	・ ・ ・ ・ ・	P 302
	逃走の罪	・ ・ ・ ・ ・	P 312
	犯人蔵匿および証拠隠滅の罪	・ ・ ・ ・ ・	P 316
	偽証の罪	・ ・ ・ ・ ・	P 320
	虚偽告訴等の罪	・ ・ ・ ・ ・	P 324
	職権濫用の罪	・ ・ ・ ・ ・	P 326
	賄賂の罪	・ ・ ・ ・ ・	P 328

<学習進度表>

回数	講義内容	ページ数
第1回	第1編 刑法総論 第1章 基礎理論 ～ 第2章 犯罪論 第2節 構成要件該当性	P.1～P.37
第2回	第3節 違法性 ～ 第5節 未遂犯	P.38～P.82
第3回	第6節 共犯 ～ 第3章 刑罰論 I 刑罰の意義・種類	P.83～P.122
第4回	II 刑の軽重 ～ 第2編 刑法各論 第1章 個人的法益に対する罪 第5節 財産に対する罪 I 総説	P.122～P.178
第5回	II 窃盗の罪 ～ VI 横領の罪	P.179～P.230
第6回	VII 背任の罪 ～ 第2章 社会的法益に対する罪 第2節 公共の信用に対する罪 III 文書偽造の罪 7 偽造公文書行使等罪	P.231～P.283
第7回	8 私文書偽造等罪 ～ 最後	P.283～P.337

第1編

刑法総論

第1章 基礎理論

Topics

- ・ここでは、罪刑法定主義について学習する。
- ・刑法の時間的適用範囲および場所的適用範囲について理解すること。

I 刑法の意義と構造

1 刑法の意義

刑法とは、犯罪と刑罰を規定した法律をいう。

この意味の刑法は、刑法典（六法全書中の「刑法」という名の法律）に限らず、道路交通法、公職選挙法、覚せい剤取締法、未成年者飲酒禁止法など数多くある。

六法全書中の「刑法」のことを一般刑法（普通刑法）といい、刑法典以外の刑罰法規のことを特別刑法という。本書は一般刑法について、主に述べるものである。

刑法典は、おおむねいわゆる自然法を規定したものであるが、刑法典以外の刑罰法規には、いわゆる法定犯・行政犯（行政の必要に基づく取締法規違反）を規定したものが多く。

2 刑法典の構造

刑法典は、「第一編 総則」と「第二編 罪」との2編から成っている。

第一編には各犯罪を処罰する上の一般的な諸原則が定められている。

第二編には、殺人罪、窃盗罪等の各犯罪についての要件と刑罰が規定されている。

II 刑法の機能

刑法の機能は、大きく分けて以下のようなものと考えられる。

(1) 秩序維持機能＝社会における秩序維持を図る機能

一般社会に対しては一般予防機能と呼ばれ、犯人に対しては特別予防と呼ばれる。

(2) 法益保護機能

法が維持しようとする利益を犯罪的侵害から保護する機能である。

(3) 自由保障機能

犯罪と刑罰とをあらかじめ定めることによって、国家刑罰権の恣意的行使から国民の人権を侵害しないように保障する機能である。

Ⅲ 罪刑法定主義

1 意義

罪刑法定主義とは、犯罪と刑罰はあらかじめ成文の法律によって明確に規定されていることを要するという原則をいう。

- (1) 罪刑法定主義は、一般に「法律なければ犯罪なし，法律なければ刑罰なし」という標語で表現され，国家による恣意的な刑罰権の行使から国民の権利・自由を守ることをその目的をしており，現代文明社会一般の共通原則である。ただ，刑法には罪刑法定主義について明文で定めた規定はない（当然の前提とされた。ただし，憲法31条，同39条前段，同73条6号ただし書はこれを含むと解されている）。

平9-23-ア

- (2) 罪刑法定主義は，①法律主義と②事後法の禁止という考え方から成り立っている。

2 根拠

(1) 民主主義的要請

刑罰は，国家権力の恣意的行使といった危険があり，この危険の防止のため犯罪と刑罰を民主的に（議会により）法定しなければならない（法律主義）。

(2) 自由主義的要請

国民の自由を保障するため，犯罪と刑罰を事前に国民に対して明らかにし，自己の行為が処罰されるかどうかにつき，予測しうるようにしなければならない（事後法の禁止）。

3 内 容

罪刑法定主義は、次の3つの面から考える必要がある。

- (1) 「あらかじめ発布された法律なくして刑罰なし（事後法の禁止）
- (2) 「成文の法律なくして刑罰なし」（法律主義）
- (3) 「法律の明文の規定なくして刑罰なし」（法律主義）

そして(1)から刑罰法規不遡及の原則，(2)から慣習刑法排除の原則，(3)からは刑罰法規適正の原則，類推解釈の禁止と絶対的不定期刑の禁止とがそれぞれ導かれる。これらを罪刑法定主義の派生原則という。

(1) 「あらかじめ発布された法律なくして刑罰なし」の派生原則

① 刑罰法規不遡及の原則

刑罰法規はその施行の時以後の犯罪にのみ適用される。これは「事後法の禁止の原則」（憲法 § 39前段）から導かれる。したがって，行為が行われた後に制定された法律で制定前の行為を処罰することはできない。

➡ 法律の改正により罰則を廃止するに際して，廃止前の行為については廃止後も処罰する旨を定めることは，犯罪行為の時にそれを処罰する旨を定めた法律が存在していたので，遡及処罰に当たらないからこの原則に反しない。

平9-23-エ

昭63-24-5

② 刑罰法規不遡及の原則の例外（時間的適用範囲）

㊦ 犯罪後の法律によって刑の変更があったときは，その軽いものによる（刑 § 6；刑の変更）。

刑罰法規は国会で成立し，その施行のとき以後の犯罪に対して適用され，施行前の行為に対してはさかのぼって適用されないことを原則とするが，行為時法と裁判時法とが異なり，裁判時法における刑が行為時法における刑より軽い場合に，裁判時法の適用を認めるものであり，刑罰法規不遡及の原則に対する重大な例外である。

➡ 刑法6条は，犯人の利益を図って軽い裁判時法の遡及適用を認めたものであるから，罪刑法定主義に反せず，むしろ罪刑法定主義の精神を拡張したものといえることができるが，罪刑法定主義の直接の内容をなすものではない。

昭55-27-2

㊦ 「犯罪後」とは，犯罪行為すなわち実行行為の終了時を標準とする（大判明43.5.17）。結果犯についても，結果発生時ではなく，実行行為終了時を標準とする。

㊦ 「刑の変更」とは，主刑の変更をいい，付加刑である没収の変

更を含まない（刑 § 9 参照）。

判 例

- ・ 労役場留置期間に変更があったときは、その軽いものが適用される（大判昭16. 7. 17）。
- ・ 刑の執行猶予に関する規定の変更は、刑の変更に当たらない（最判昭23. 11. 10）。
- ・ 刑が等しいときは行為時法による（大判昭9. 1. 31）。
- ・ 継続犯については、その行為の継続中に刑罰法規の変更があっても、常に新法を適用する（最判昭27. 9. 25）。

① 限時法

限時法とは、一定の有効期間を限って制定された法律をいう。

限時法中に、一定の有効期間中に行われた違反行為は廃止後も処罰できる旨規定されていれば、そのとおり処罰できるので問題はない。

(2) 「成文の法律がなくして刑罰なし」の派生原則

慣習刑法排除の原則

- ① 罪刑法定主義の要素としての法律主義からは、犯罪と刑罰は法律で規定すべきであり、慣習を法源とすることは許されない。
- ② 構成要件の内容の解釈や違法性の判断に当たり、慣習法を考慮することは否定されない（福岡高判昭34. 3. 31）。

平9-23-ウ
昭55-27-3

(3) 「法律の明文の規定なくして刑罰なし」の派生原則

① 刑罰法規適正の原則

刑罰法規適正の原則とは、刑罰法規はその形式・内容において適正でなければならないとする原則をいう。刑罰法規適正の原則には、㉞明確性の原則と㉟刑罰法規の内容の適正の原則とがある。

㉞ 明確性の原則

立法者は、刑罰法規の内容を具体的かつ明確に規定しなければならないとする原則をいう。

➡ 著しく不明確な構成要件を定めてはならないとすることは、憲法31条の罪刑法定主義の要請である。

昭55-27-4

判 例

- ・ 刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反するかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において具体的場

合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断が可能かどうかによって判定すべきである（最判昭50.9.10）。

① 刑罰法規の内容の適正の原則

刑罰法規内容の適正の原則とは、刑罰法規に定められている犯罪と刑罰は、当該行為を犯罪とする合理的理由があり、しかも刑罰は犯罪に均衡した適正なものでなければならないとする原則をいう。

② 類推解釈の禁止

異なる2つの事柄の間に共通する要素について、1つの事柄に当てはまることは他の事柄にも当てはまると推論して、解釈することは許されない。

㊦ 被告人にとって不利益であり、法律が規定していない事項について類似の法文を適用することは許されない。

㊧ 行為者に「有利」となる類推解釈は禁止されない（大判昭6.12.21）。

- ➡ 明文の意味を縮小して解釈することは、罪刑法定主義に反しない。
- ➡ 刑法の規定について異なった解釈が数個ある場合に、被告人に有利なものを採用することは、罪刑法定主義の要請ではない。

③ 法律の予定する範囲内で、その用語を通常の意味より広く解することを拡張解釈といい、罪刑法定主義に反しない。

判 例

- ・ 写真コピーの偽造を「原本」の偽造と同視して、文書偽造に当たるとしても類推解釈の禁止に当たらない（最判昭51.4.30）。
 - ➡ 今日の写真コピーの果たす役割を考えると、原本そのものの偽造と同視すべきだから。
- ・ 洋弓銃を使用してマガモにめがけて発射したが1本も当たらなかったため捕獲できなかった行為を、弓矢を使用する方法による「捕獲」に当たるとしても類推解釈禁止の原則に反しない（最判平8.2.8）。
 - ➡ 「捕獲」には「捕獲しようとする行為」も含むと解さなければ立法目的を達成できないから。

④ 絶対的不定期（期）刑の禁止

絶対的不定期刑の禁止の原則とは、刑種（死刑、懲役、禁固、財産刑）および刑量（懲役・禁錮刑の長期および短期、財産刑の最大限および最小限）を法定しないこと、また刑種のみを法定することは許されないとする原則をいう。

平9-23-オ

昭63-24-4
昭55-27-4

昭63-24-2

- ➡ 刑種および刑量を相対的に法定する相対的不定（期）刑は禁止されない（何年以上何年以下の懲役など）。

4 罪刑法定主義の要請でないもの

- (1) 責任主義（「責任なくして刑罰なし」の近代刑法の大原則）によるもの

- ➡ 故意も過失もない行為を処罰することはできないということは、責任主義の要請である。

昭63-24-1

- (2) 一事不再理（ある事件について判決が確定した場合、同一事件については再び公訴の提起を許さないとする刑事訴訟法上の原則）によるもの

- ➡ すでに無罪とされた行為について重ねて刑事上の責任を問わないのは、一事不再理効の要請である。

昭63-24-3

IV 刑法の場所的適用範囲

刑法の場所的適用範囲とは、刑法の効力が及ぶ地域をいい、どの場所で行われた行為につきわが国の刑法の適用が認められるかという問題である。

刑法の場所的適用範囲の立法主義に関しては、①属地主義、②属人主義、③保護主義、④世界主義が存在するが、現行刑法は、①の属地主義を原則とし、②の属人主義および③の保護主義により補充されている。

1 属地主義（国内犯；刑§1）

属地主義とは、犯罪が国内で行われている限り、何人に対しても刑法の適用があるとする主義をいう（刑§1Ⅰ）。

平9-23-ウ

昭55-27-3

- (1) 属地主義が適用されるためには、構成要件事実の一部分（行為または結果発生のいずれか一方でよい）が国内で犯されたことが必要であり、かつそれで足りる（大判明44.6.16）。

昭61-24-3

判例

- ・日本国外から毒薬を国内に郵送したところ、国内で服用した者が国外で死亡した場合、日本国内で殺人罪を犯したことになる（大判明44.6.16参照）。

平4-25-ウ

- ・共犯行為が日本国外で行われても、正犯の実行行為が日本国内で行

昭55-27-4

われた場合、共犯者は日本国内で罪を犯した者に当たる（最決平6.12.9）。

- ・日本の領土内にある外国の大使館・公使館内（大判大7.12.16）、日本の領海内・領土上空にある外国船舶・外国旅客機も日本国内である。

昭61-24-1

昭61-24-2

- (2) 日本国外にある日本船舶または日本航空機内で行われた犯罪についても、主体が何人であれ、刑法の適用が認められる（旗国法主義；同Ⅱ）。

具体例

- ・外国人が日本国外にある日本の航空機内で罪を犯した場合には、日本国の刑法が適用される。

平4-25-ア

2 保護主義（すべての者の国外犯；刑§2）

犯人の国籍および犯罪地を問わず、日本国または日本国民の利益を保護するのに必要な限りにおいて、刑法を適用する。

平17-25-イ

昭56-25-2

- ⇒ 内乱に関する罪、外患に関する罪、通貨偽造および行使等・未遂、公文書偽造等・同行使、公正証書原本不実記載等、有価証券偽造等・同行使、公印偽造および不正使用など。

平4-25-エ

3 属人主義（国民の国外犯；刑§3）

属人主義とは、犯人が日本国民である限り、犯罪地の内外を問わず刑法の適用があるとする主義をいう。

平17-25-オ

昭56-25-1

- ⇒ 建造物等放火・同未遂、私文書偽造等・同行使、強制わいせつ、強姦、重婚、殺人・同未遂、傷害、業務上墮胎、不同意墮胎、保護責任者遺棄等、逮捕および監禁、略取・誘拐、人身売買、名誉毀損、窃盗、強盗、強盗致死傷、詐欺、背任、恐喝、業務上横領、盗品有償譲受け等など。

昭56-25-4

4 消極的属人主義（犯人が日本国民以外の者の国外犯；刑§3の2）

交通の発達により国際的な人の移動が日常化し、日本国外において、日本国民が犯罪の被害に会う機会が増加している状況等にかんがみ、日本国外における日本国民保護の観点から、日本国民が殺人等の生命・身体等に対する一定の重大な犯罪の被害を受けた場合に犯人たる外国人に刑法を適

平17-25-ア

平4-25-エ

用する。

- ➡ 強制わいせつ・強姦・準強制わいせつおよび準強姦，集団強姦等・同未遂，殺人・同未遂，傷害・傷害致死，逮捕および監禁・逮捕等致死傷，未成年者略取および誘拐，営利目的等略取および誘拐・身代金目的略取等，所在国外移送目的略取および誘拐，人身売買・被略取者等所在国外移送，被略取者引渡し等，同未遂，強盗，事後強盗，昏睡強盗，強盗致死傷，強盗強姦および同致死・同未遂など。

5 国外犯

(1) 公務員の国外犯（刑 § 4）

日本の公務員が，日本国外で刑法4条に列挙された罪を犯した場合，刑法が適用される。

平17-25-ウ

- ➡ 看守者等による逃走援助・同未遂罪，虚偽公文書作成，公務員職権濫用，特別公務員暴行陵虐，収賄・受託収賄・事前収賄，第三者供賄・加重収賄・事後収賄あつせん収賄，特別公務員職権濫用等致死傷など。

(2) 条約による国外犯（刑 § 4 の 2 ；世界主義）

すべての者の国外犯（刑 § 2），国民の国外犯（刑 § 3），国民以外の者の国外犯（刑 § 3 の 2），公務員の国外犯（刑 § 4）に規定するもののほか，刑法は，条約により，日本国外で犯したものであっても罰すべきものとされた犯罪について，わが国の刑法により処罰できると規定している。

平17-25-エ

- ➡ わが刑法は，犯人および犯罪地のいかんにかかわらず，自国の刑法を適用するという世界主義を採用するには至っていないが，本条は，条約があることを条件として，包括的国外犯処罰規定により，国外犯規定を補充することを認めたものである。

V 外国判決の効力

外国において確定判決を受けた者であっても，同一の行為について更に処罰することを妨げない。ただし，犯人が外国において言い渡された刑の全部または一部の執行を受けたときは，刑の執行を軽減し，または免除する（刑 § 5）。

第2章 犯罪論

第1節 犯罪の意義・分類

Topics

・ここでは、人の通常の行為のうち、ある要件を満たした行為だけが犯罪となることから、その犯罪の成立要件について学習する。

I 犯罪の意義・成立要件

1 犯罪の意義

犯罪とは、構成要件に該当する違法かつ有責な行為をいう。

2 成立要件

- (1) 構成要件該当性
- (2) 違法性
- (3) 責任

(1) 構成要件該当性

構成要件該当性とは、ある行為が刑法の各本条その他各刑罰法規に規定される犯罪構成要件（刑罰法規に規定された犯罪定型）に該当すること进行をいう。



ケーススタディ 1

AがBを殺そうと思い短刀を突き刺してBを死亡させた場合、殺人罪の構成要件に該当するか。



殺人罪（刑 § 199）の構成要件は「人を殺した」ことであることから、Aの当該行為は殺人罪の構成要件に該当することになる。

① 構成要件該当性は犯罪成立の第1要件であり、この要件を充足しなければ、次の違法性・責任の要件を検討するまでもなく、犯罪の成立は否定される。

➡ 例えば、現行刑法では姦通罪は存しないので、姦通行為があったとしても構成要件該当性はなく、犯罪は成立しない。

② 構成要件は、違法行為の類型である。

世の中には違法な行為は多数存するが、その全部に刑罰をもって臨むべきものではなく、違法行為のうち処罰に値する行為を類型化して規定したものが構成要件である。

すなわち、構成要件に該当する行為は、原則として（違法性阻却事由にあたらぬ限り）違法であり、これを、構成要件の違法性推定機能という。

(2) 違法性

違法性とは、行為が法に違反すること、すなわち、法的に許されないことをいう。

違法性は、犯罪成立のための第2の要件であり、わが刑法は構成要件に該当すれば違法性は原則として認められるという構成要件の違法性推定機能により、違法性の有無を積極的に確認するのではなく、例外的に違法性が阻却される場合についてのみ、規定を設けている（刑 § 35～37）。



ケーススタディ2

Aは、Bから急に短刀を突きつけられて、殺されそうになったので、やむを得ずBを押し倒し、死亡させた場合、殺人罪の構成要件に該当しても、違法性が阻却され、犯罪は成立しないのではないか。



Aの行為は、「人を殺した」という199条の構成要件に該当するので、違法性を具備すると推定されるが、正当防衛に当たると判断された場合には、違法性が阻却され、例外的に、犯罪は成立しないことになる（正当防衛については、第2章第4節を参照）。

(3) 責任

責任とは、構成要件に該当する違法な行為について、その行為者を非難しうることをいう。

近代刑法は、「責任なくして刑罰なし」という責任主義の原則を根本原理とする。すなわち、いかに構成要件に該当する違法な行為をした者に対してでも、その行為者を非難することができなければ、犯罪として刑罰を科すことはできない。

① 行為者を非難できない場合とは、責任能力がない場合である。責任能力とは、刑法の維持しようとする規範を理解し、それに応じて意味

にかなった行為をなしうる能力をいう。このような能力を欠く者を責任無能力者といい、心神喪失者（刑 § 39 I），刑事未成年者（刑 § 41）がその典型である。



ケーススタディ 3

13歳の少年Aが、Bから、ゲームソフトを盗んだ場合、構成要件に該当し、違法性も阻却されないが、責任が阻却され、犯罪は成立しないか。



Aの行為は、窃盗罪（刑 § 235）の構成要件に該当し、違法性も阻却されないが、刑事未成年者に当たるため（刑 § 41），責任能力がないことから、犯罪は成立しない。

② 責任の要素としては、故意・過失、期待可能性がある。



ケーススタディ 4

Aは、医者から処方された薬をBに飲ませたところ、看護師の手違いにより渡された他人の薬だったため、Bが死亡した場合、死亡させたことに対する過失が認められ、過失致死罪が成立するか。



死亡の結果が生じたことから、過失致死罪（刑 § 210）の構成要件に該当し、違法性も阻却されないが、Aには、Bの死亡について故意も過失もないため責任が認められず、過失致死罪は成立しない。

II 犯罪の分類

犯罪の分類は、刑法に規定されている各犯罪を種々の観点から統一的、横断的に分析したものであり、各犯罪の性質を理解し、犯罪の成否を判断するうえでヒントになるものである。

1 行為の結果による分類

(1) 結果発生の要否による分類

① 挙動犯

結果の発生を必要としない犯罪

➡ 偽証罪、住居侵入罪など

② 結果犯

結果の発生を必要とする犯罪

➡ 殺人罪，窃盗罪など

③ 結果的加重犯

一定の基本となる構成要件を実現した際に，さらにより重い結果を生じたことを構成要件として想定し，その重い結果が発生することで基本犯罪より重い刑が定められている犯罪

➡ 傷害致死罪，強姦致死傷罪，強盗致死傷罪

(2) 法益侵害またはその危険性の有無による分類

① 侵害犯

一定の法益を侵害することが構成要件要素となっている犯罪

➡ 殺人罪，窃盗罪など

② 危険犯

単に法益侵害の危険があれば足りる犯罪

㊦ 抽象的危険犯

単に法益侵害の危険性があれば足り，具体的危険の発生が構成要件となっていない犯罪

➡ 現住建造物等放火罪など

㊧ 具体的危険犯

法益侵害の発生が要求され，具体的危険の発生が構成要件となっている犯罪

➡ 往来妨害罪，名誉棄損罪など

(3) 構成要件的结果の発生ないし法益侵害の発生と犯罪成立時期の関係による分類

① 即成犯

構成要件的结果の発生により法益侵害または危険が発生し，犯罪も既遂となり同時に終了する犯罪。

➡ 殺人罪，放火罪など

② 継続犯

構成要件的结果の発生により法益侵害または危険が発生し，その後法益侵害が継続している間は犯罪が継続する犯罪。

➡ 逮捕・監禁罪，住居侵入罪，拐取罪など

③ 状態犯

一定の法益侵害の発生により犯罪が終了し、それ以後は法益侵害が継続しても、それは犯罪行為と認められない犯罪。

➡ 窃盗罪，不動産侵奪罪，横領罪，逃走罪など

2 行為の客観面による分類

(1) 作為犯

構成要件的行為を作為の形式で規定した犯罪。

➡ 殺人罪など

(2) 真正不作为犯

構成要件を不作为の形式で規定した犯罪。

➡ 不解散罪，不退去罪，保護責任者遺棄罪など

(3) 表示犯

構成要件が予定する行為の内容が，行為者の思想の表現にかかわる犯罪。

➡ 脅迫罪，侮辱罪など

3 行為の主観面による分類

(1) 目的犯

構成要件上一定の目的が必要とされている犯罪。

➡ 内乱罪，偽造罪など

(2) 傾向犯

行為者の主観的傾向の表出と認められる行為が罪となる犯罪をいう。

➡ 強制わいせつ罪，公然わいせつ罪，侮辱罪など

(3) 表現犯

行為者の心理過程ないし心理状態の表出と認められる行為が罪となる犯罪をいう。

➡ 偽証罪など

4 行為の主体による分類

(1) 真正身分犯

一定の身分があつて初めて犯罪を構成する犯罪。

➡ 収賄罪など

(2) 不真正身分犯

身分がなければ法定刑がそれよりも重いか、軽い別の犯罪を構成する犯罪。

➡ 保護責任者遺棄罪，業務上横領罪など

5 親告罪

親告罪とは，訴追の要件（訴訟条件）として告訴を必要とする犯罪をいう。

具体例

- ・ 信書開封罪・秘密漏示罪（刑 § 135）
- ・ 強制わいせつ罪・強姦罪・準強制わいせつ罪・準強姦罪（刑 § 180）
- ・ 過失傷害罪（刑 § 209 II）
- ・ 未成年者略取及び誘拐罪・わいせつまたは結婚目的等略取および誘拐罪・被略取者収受幫助罪（刑 § 229）
- ・ 名誉棄損罪・侮辱罪（刑 § 232）
- ・ 使用文書毀棄等幫助罪・器物損壊等幫助罪・信書隠匿罪（刑 § 264）

昭60-24-2

昭60-24-3

昭60-24-4

第2節 構成要件該当性

Topics

- ・ドイツ語直訳調の難しい言葉づかいで分かりにくいイメージがあるが、実はそんなに難しくない。各論の具体的な犯罪を念頭において理解するとよい。
- ・不作為犯・間接正犯・事実の錯誤は頻出。
- ・因果関係の存否に関する学説も整理すること。

構成要件の要素は、客観的要素と主観的要素に分けることができる。

客観的要素には、主体、客体、行為、行為の状況、結果犯の場合は結果および行為と結果の因果関係がある。

主観的要素には、故意・過失という一般的構成要件要素と、傾向犯における主観的傾向、表現犯における心理的過程等の特殊的主観的構成要件要素とがある。

I 実行行為

1 実行行為の意義・態様

実行行為とは、構成要件に該当する行為をいう。

刑法は、作為による直接正犯（実行行為を行為者自身の手によって直接に行うこと）を原則として規定するが、そのほか不作為犯、間接正犯、原因において自由な行為などは、間接的方法によっても犯すこともできる。



ケーススタディ1

Aは、①Bを殺す目的で、②ナイフを購入してB宅でBを待ち伏せして、③Bの帰宅したところでBに駆け寄り、④Bの頭上にナイフを振りかざし、⑤ナイフを胸に突き刺して、⑥Bを死亡させた場合、どの段階から構成要件に該当する行為、すなわち実行行為となるか。



①の段階では、内心の意思のみなので処罰の対象とはならない。

②の行為は目的を達するための準備行為なので、殺人罪の実行行為とはならず、殺人予備の問題となる。

③の段階でも、殺人の現実的危険があるとはいえないので、実行の着手は認められず、④の行為によりBの生命に対する現実的危険性が認められるので、実行の着手が認められる（実質的客観説の場合←後で説明する）。

- ⑤の行為は実行行為の最中であり、これにより実行行為は終了する。
⑥は、Aの行為の結果である。

2 不作為犯

不作為犯とは、すべき行為をしないことにより犯罪を実現する場合をいい、命令規範（～をしなければならない）に違反する犯罪をいう。

不作為犯には、真正不作為犯と不真正不作為犯がある。

(1) 真正不作為犯

はじめから不作為の形式で構成要件が規定されている犯罪である。

➡ 多衆不解散罪（§ 107；「解散しなかった」）不退去罪（§ 130；「退去しなかった」）

(2) 不真正不作為犯

作為の形式で規定されている構成要件を、不作為によって実現する犯罪である。

不真正不作為犯は、真正不作為犯と異なり、構成要件が作為の形式で規定されているため、不作為がその構成要件に該当する行為、すなわち、実行行為となりうるかが問題となる。

不真正不作為犯の実行行為が認められるための要件は、以下のとおりである。

- ① 行為者に、法令、契約・事務管理、慣習・条理（先行行為、信義則上の告知義務等）に基づく法的な作為義務があること。
- ② 作為が可能であり、容易であること。
- ③ 作為との同価値性があること。

① 作為義務

㊦ 法的な作為義務であること（道徳上の義務では足りない）。



ケーススタディ2

Aは、近所の子供Bが喧嘩をしているのを見つけ、このままでは一方が殴られて怪我をするだろうと思ったが、係わり合いになるのを嫌い、制止しないでその場を立ち去ったため、Bが負傷した場合、不作為による傷害罪は成立するか。

平2-27-5
昭59-25-2

 近所の子供というだけでは法的な作為義務はないので、不作为による傷害罪は成立しない。

① 法令の規定に基づく作為義務



ケーススタディ 3

母親Aが自分の赤子Bを殺そうとして、授乳しないで餓死させた場合、殺人罪の不作为犯が成立するか。

平2-27-4

 Aには、親権者の子に対する監護義務（民§820）があるから、不作为による殺人罪が成立する（大判大15.10.25参照）。

⑦ 契約・事務管理など法律行為によって発生する作為義務

判 例

・医師が、未必的な殺意をもって必要な医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた場合、不作为による殺人罪が成立する（最判平17.7.4）。

⑨ 慣習・条理（先行行為、信義則上の告知義務等）に基づいて認められる作為義務



ケーススタディ 4

事務所の火気責任者が、事務所から出火して容易に消し止められるのに、消火義務を怠って立ち去り、事務所を全焼させた場合、不作为による放火罪が成立するか。

昭59-25-5

平2-27-2

昭59-25-3

 過失によって火を出した者は、その行為によって結果発生危険を生じさせたという意味で、先行行為に基づいて、不作为による放火罪が成立する（最判昭33.9.9）。

判 例

・土地に抵当権を設定し、その登記もしてあるのにこの事実を買主に告げないで土地を売却した場合、信義則上の告知義務があるから、不作为による詐欺罪が成立する（大判昭4.3.7）。

平2-27-3

・河畔で分娩した母親が、嬰兒を直ちに付近の砂中に埋めて窒息死させた後、その死体をその場に放置した場合、慣習上の埋葬義務があるから、殺人罪のほか死体遺棄罪が成立する（大判大6.11.24）。

平2-27-1

② 作為可能性

犯罪の結果が発生する現実的危険性を防止する行為をすることが可能であり、容易であること。

具体例

- ・ 子供が溺れているとき、泳げない父親が助けなかったとしても、必ずしも不作為犯が成立するものではない。
- ・ 消火の義務を負う者が、消火活動をして火を消し止めることは可能であっても、自分が重傷を負う可能性があるため消火しなかったときは、不作為犯は成立しない。

③ 作為の場合との同価値性

不作為犯が成立するためには、当該構成要件に該当する作為と法的に同価値の作為義務違反が必要である。

判 例

- ・ 建築資材置き場として土地を賃借中、賃貸借契約が解除され、賃貸人から立ち退きを強く要求されたのに、これを拒否して建築資材をそのまま放置した場合でも、不動産侵奪罪は成立しない（東京高判昭53.3.29参照）。
 - ➡ 他人の占有を排除するという「侵奪」行為と同価値の不作為がないから。
- ・ 普通自動車を運転中、過失で被害者に衝突させ重傷を負わせたので、意識不明の被害者を救護するため最寄りの病院へ搬送すべく、自車に乗せて進行中、事故の発覚をおそれて適当な場所に遺棄することを決心し、山林に至る途中の車内で、生存維持義務に反してなんらの救護措置も取らなかったため被害者が死亡した場合、未必の故意で行ったときは殺人罪となり（東京地判昭40.9.30）、故意がないときは保護責任者遺棄致死罪となる（最判昭34.7.24）。

昭59-25-4

(3) 不作為による幫助

他人の犯罪行為を認識しながら、法律上の義務に違反してこれを放置し、その犯行を容易にした者には、不作為による幫助犯が成立しうる。

具体例

- ・ 勤務先で宿直中、同僚が事務所内の金庫から現金を盗み出しているところを発見したが、後で口止め料をもらう意図の下に気付かぬふりをして、なんらの措置も取らないまま見逃した場合、不作為による窃盗罪の幫助犯が成立する。

昭59-25-1

4 間接正犯

(1) 意義

間接正犯とは、他人を道具として利用することによって自らの犯罪を実現する場合をいう。

実行行為は、行為者自らの手によって行なわれるのが通常である（直接正犯）が、現実的に自ら手を下していなくても、刑法的評価の下で自ら実行行為を行ったといえる場合には正犯とすべきである。

間接正犯は正犯の一態様であり、被利用者は、正犯とならない。

➡ 自ら手を下さない場合は、手を下した者が正犯となるため、通常幫助犯となるにすぎない。



ケーススタディ5

Aは、日ごろ暴行を加えて自己の意のままに従わせていた12歳の養女BにCの鞆を盗んでくるように命令し、Bが鞆を窃盗した場合、Aにつき窃盗罪が成立するか。

昭62-24-1

 Aは、意思を抑圧されている養女Bを利用していることから、たとえBが是非善悪の判断能力を有する者であったとしても、利用者が被利用者を強制して一定の身体的活動を行わせたものとして、Bの窃取は刑法上の行為とはいえないので、窃盗罪（刑§235）の間接正犯にあたる（最決昭58.9.21）。

(2) 間接正犯が成立し得る場合

① 刑法上の行為といいがたい被利用者の身体活動を利用する場合

㊦ 被利用者が是非弁別能力を欠くとき（幼児・高度の精神病患者など）

判 例

・ Aが、高度の精神病患者で是非弁別能力を欠くBに、盗みをそそのかし実行させた場合、Aにつき窃盗罪の間接正犯が成立する（大判明37.12.20）。

② 利用者が被利用者を強制して一定の身体的活動を行なわせたとき

判 例

・ 事理弁識能力が十分とはいえない10歳の少年に対し、それまで何度か一緒に遊ぶうちに怖いという印象を与えていた者が、4、5メートル先に落ちていた他人のバッグを取ってくるように命じて盗ませる行為は、窃盗の間接正犯に当たる（大阪高判平7.11.9）。

- ・是非弁別能力のある12歳の長男に強盗の実行を指示命令して、金品を奪った場合でも、指示命令が長男の意思を抑圧するに足る程度のものではなく、長男自らの意思で決意して完遂した事情のときは、間接正犯でなく、共同正犯が成立する（最決平13. 10. 25）。

② 他人の違法行為を利用する場合

㉞ 被利用者の過失行為を利用する場合

具体例

- ・医師が毒薬であることを知らない看護師に指示して、患者に毒薬を投与させ、その患者を殺害した場合、その医師については、殺人の間接正犯が成立する。
 ▶▶▶ 看護師には、過失致死罪が成立し得る。

平2-25-5

㉟ 被利用者が「故意ある道具」である場合

㊦ 目的犯において、被利用者にその目的が欠けているとき

具体例

- ・「行使の目的」を有するAが、偽貨を作ることは知っていたが、これを行行使する目的を有しないBをして通貨を偽造させた場合、Aに通貨偽造罪（刑 § 148）の間接正犯が成立する。

㊧ 身分犯において、被利用者にその身分が欠けているとき

具体例

- ・公務員Aが、その妻（非公務員）に情を明かして賄賂を受け取らせた場合、公務員Aには収賄罪（§ 197）の間接正犯が成立する。

㊨ 被利用者が利用者の有する故意とは別の軽い故意を有するとき

具体例

- ・Aが屏風の背後にいるBを殺す目的で、それを知らないCに対し屏風をピストルで撃つことを命じて実行させBを死亡させた場合、Aには殺人罪（§ 199）の間接正犯、Cには器物損壊罪が成立する。

③ 他人の適法行為を利用する場合

㉞ 構成要件に該当しない他人の適法行為を利用する場合

判例

- ・Aが郵便配達人Bを利用してCに毒入りウイスキーを郵送した結果、Cがそのウイスキーを飲んで死亡した場合、Aには殺人

罪（§ 199）の間接正犯が成立する（大判大7. 11. 16）。

① 違法性阻却事由に該当する行為を利用する場合

判 例

- ・ AがBに対して堕胎手術を施した結果、妊婦の生命に危険を生じさせたので、医師に胎児の排出を求め、その緊急避難行為（§ 37 I）を利用して堕胎させた場合、Aには堕胎罪（§ 213 前段）の間接正犯が成立する（大判大10. 5. 7）。

(3) 着手時期

<論点>

間接正犯においては、利用者が被利用者を犯罪に誘致する行為（利用行為）と、それに基づいて被利用者が現実に行なう身体活動（被利用行為）とが考えられるが、これらのどの時点に実行の着手を認めるべきかが問題になる。

	利用者説	被利用者説*
意 義	利用者が被利用者を犯罪に誘致した時である。	被利用者が現実犯罪的行為を開始した時である。
根 拠	実行行為の概念は規範主義的観点において捉えられるべきであり、被利用者をそのような活動に駆り立てた利用者の誘致行為に重きを置くべきである。 被利用者の身体的活動は、利用者の誘致に起因する単なる結果、または構成要件的な因果関係の経過である。	実行行為の概念は自然主義的観点において捉えられるべきであり、結果の発生に対する直接的原因を与えた被利用者の犯罪的活動を重視すべきである。 これにより、実行の着手時期の明確化が図られる。
批 判	実行の着手時期を不当に早い時期に認めてしまう。	実行の意思のみで、実行行為をしない者が、正犯者とされる。
Study5 の 帰 結	AがBに鞆の窃取を命令した時。	Aの命令に従いBが鞆を窃取した時。

* 判例は、離隔犯の場合につき、被利用者説を採っている（大判大7. 11. 16）。

(4) 間接正犯が成立し得ないもの（自手犯）

自手犯とは、正犯者自身による実行行為を必要とし、間接正犯の行為形態では犯しえない犯罪をいう。

自手犯には、①実質的自手犯と、②形式的自手犯がある。

① 実質的自手犯とは、犯罪の性質上、一定の行為主体によって行われ

る行為だけを実行行為と解しうるものをいう。

➡ 住居侵入罪、あへん煙吸食罪、スピード違反、収賄罪など。

- ② 形式的自手犯とは、刑罰法規によって、形式上間接正犯を除外する趣旨が示されているものをいう。

➡ 虚偽公文書作成罪。

5 原因において自由な行為

(1) 意義

原因において自由な行為とは、自らを責任無能力（または限定責任能力）の状態に陥れ、その状態で犯罪を実行することをいう。

犯罪が成立するためには、実行行為の開始時に責任能力が存在しなければならない（実行行為と責任の同時存在の原則）。したがって、行為時に精神障害状態である以上、刑法39条が適用され、心神喪失者の行為として不可罰とされるか、または心神耗弱者の行為として刑が減輕されることになる。

これは、意図的に精神障害状態を自招した場合、原因行為時に自由な意思状態であることを考えるといかにも不都合である。そこでこのような場合には、刑法39条の適用を排除して完全な責任を問うべきとするものである。



ケーススタディ 6

Aは、多量に飲酒すると病的酩酊に陥り、心神喪失の状態になる素質を有しているところ、その素質を自覚しつつ多量に飲酒して心神喪失状態で自動車を運転し、Bをはねて死亡させた場合、Aにつき過失致死罪が成立するか。

平15-25

（推論）

- 📎 Aが自動車を運転してBをはねた時点においては、刑事責任能力が認められず、犯罪が成立しないはずであるが、原因において自由な行為として、過失致死罪の罪責を免れない（最判昭26. 1. 17）。

(2) 理論構成

① 間接正犯類似説

原因設定行為に実行行為性を認める。

自己の責任無能力状態を利用して犯罪を実現することは、他人を道具として利用する間接正犯と同様の構造とみることができる。

➡ 実行行為と責任能力の同時存在の原則（責任主義）を重視している。

② 結果行為説

実行の着手時期は結果行為時に求めながら、責任能力は必ずしも実行行為時と責任能力の同時存在を必要とするものではなく、全体として見た行為の時にあれば足りる。

(3) 判 例

原因において自由な行為の理論について、過失犯においては、心神喪失状態を利用する場合にこれを認めており、心神耗弱状態を利用する場合にも自動車運転における道路交通法の酒酔い運転罪について、これを適用している(最判昭43.2.27)。

判 例

- ・授乳中睡眠に陥り、嬰兒を乳房で窒息死させた場合、母親には過失致死罪が成立する(大判昭2.10.16)。
- ・薬物注射による精神病によって妄想を起こし、心神喪失の状態で暴行傷害により死に至らしめた者は、薬物注射による結果を予想しながらあえてこれを容認していたときは傷害致死罪が成立する(名古屋高判昭31.4.19)。

Ⅱ 因果関係

1 総 説

犯罪、特に結果犯の成立が認められるためには、実行行為によって構成要件的結果が生ずることが必要となる。

すなわち、実行行為によって結果が発生したという因果関係が必要となり、因果関係が欠ける場合には、結果犯においては既遂とはなりえず、未遂にとどまることになる。

因果関係の存否は、まず「条件関係」、すなわち、「その行為がなければその結果は発生しないであろうという関係」があることが前提となる。

2 因果関係論

<論点>

因果関係が認められるためには条件関係さえあれば、すべて刑法上の因果関係を認めてよいかが問題となる。この点につき、(1)条件説と、(2)相当因果関係説が対立している。

平8-23

(推論)

(1) 条件説

① 意義

条件説は、実行行為と結果との間に、前者がなかったならば後者は発生しなかったであろうという関係が認められる限り、因果関係が認められるとする。

➡ 判例は基本的には条件説に立っている。



ケーススタディ 1

AがBとケンカになり路上に突き飛ばしたところ、心臓疾患があったBが急性心不全で死亡した場合、Aの行為とBの死亡の結果には、条件関係が認められるか。



AがBを突き飛ばすという行為がなければBの死亡という結果は発生しなかったのであるから、Aの行為とBの死亡の間には条件関係があり、因果関係が認められる。

➡ Aには傷害致死罪（刑 § 205）が成立する。

② 因果関係の中断論

因果関係の中断論とは、条件説によれば、結果発生の原因を自然主義に求めるため、条件関係はどこまでも続くことになる（風が吹けば桶屋が儲かる）ので、これを修正するため、条件説を前提としつつ、因果関係の進行中に「自然的事実」または「自由かつ故意に基づく他人の行為」が介入した場合には、因果関係が中断（否定）されるという理論をいう。

しかし、この中断論に対しては、因果関係は「存在するかしないか」どちらかであって、本来存在するものがしないことになることと解することは理論的に不可能であるとの批判がある。

➡ Aが殺意をもってBに重傷を負わせたところ、Bの入院した病院に落雷があったためBが死亡した場合、条件説によれば因果関係が肯定され、Aは殺人既遂罪になるところ、落雷という自然的事実が介入しているので、死の結果についての因果関係は否定（中断）され、Aは殺人未遂罪にとどまることになる。

(2) 相当因果関係説

相当因果関係説とは、社会生活上の経験に照らして、実行行為から結果の発生することが一般的であり、相当であると見られる場合に、因果関係が認められるとする。条件関係が認められることを前提に、相当性の要件を加えることによって、因果関係を限定するものである。

<論点>

相当因果関係説における「相当」とは何かにつき、相当性の判断基準が問題となり、主観説、折衷説、客観説が対立している。

	主観説	折衷説（通説）	客観説
内 容	行為者が行為時に認識した事情および認識し得た事情を基礎として相当性の判断を行う。	行為当時に一般人が認識し得た事情および行為者が特に認識していた事情を基礎として相当性の判断を行う。	行為当時に客観的に存在したすべての事情および一般人が予見し得た行為後の事情を基礎として相当性の判断を行う。
批 判	行為者が知らなかった事情を全部排除すると、因果関係が狭くなる。 因果関係は客観的帰責の問題だから、客観的事情も基礎にすべき。	行為者の認識をも考慮することは、行為者の事情によって因果関係があつたりなかつたりするか、不当である。	行為当時存在した事実をすべて考慮するのでは、条件説に等しくなってしまう。 行為当時の事情と行為後の事情を区別する根拠はない。
Study1 の帰結	行為者は認識し得なかった事情であるから、相当性は認められない。	一般人も認識しないし、行為者も認識していないから、相当性は認められない。	行為当時客観的に存在していたので、相当性が認められる。

(3) 具体的事例における因果関係の判断

① 因果関係を認めたもの

判 例

- ・殺意をもって麻縄で首を絞めると、被害者が身動きをしなくなったので、死亡したものと誤認した被告人が、被害者を海岸の砂上の放置したところ、被害者が砂末を吸い込んで死亡した場合（大判大12.4.30）。
- ・被告人の行為が被害者の脳梅毒による高度の病的変化という特殊の事情さえなかったならば致死の結果を生じなかったであろうと認められても、被告人が行為当時その特殊事情のあることを知らず、また予測もできなかったとしても、その行為が「その特殊事情とあいまって」致死の結果を生ぜしめた場合（最判昭25.3.31）。
- ・被告人の加えた暴行から逃げ出した被害者が、誤って転倒し負傷

した場合（最判昭25. 11. 9）。

- ・被害者の死因となったくも膜下出血が、被告人らの暴行に耐えかねた被害者が逃走しようとして池に落ち、露出した岩石に頭部を打ちつけたため生じたものである場合（最決昭59. 7. 6）。
- ・犯人の暴行によって被害者の死因となった傷害が形成され、その後第三者によって加えられた暴行により死期が早められた場合（最決平2. 11. 20）。
- ・指導者が夜間の潜水の講習指導中に不用意に受講生の側を離れたところ、受講生が溺死した事故につき、指導補助者および受講生の不適切な行動が介在したとしても、受講生は潜水経験に乏しく技術が未熟であり、指導補助者もその経験が浅かったという事情がある場合（最決平4. 12. 17）。

② 因果関係を認めなかったもの

判 例

- ・同乗者が進行中の自動車の屋根の上から被害者をさかさまに引きずり降ろし、アスファルト舗装道路上に転落させた場合、被告人の過失行為から被害者の死の結果の発生することが、経験上、当然予想しうるところではなく、因果関係は認められない（最決昭42. 10. 24）。
 - ➡ 被害者の死因となった頭部の傷害が最初の被告人の自動車との衝突の際に生じたものか、同乗者が被害者を自動車の屋根から引きずり降ろし、路上に転落させた際に生じたものか確定しがたいから。
- ・被告人が自動車を運転して国道を走行中、制限速度遵守義務に違反し、交通整理の行なわれている交差点で、左の方向より同所に侵入してきた自動車に自車を衝突させ、運転者を負傷させた場合（東京高判45. 5. 6）。
 - ➡ 衝突の主な原因が被害者による予期しない交通法規違反にあるときは、被告人の義務違反と被害者の負傷との間に、刑法上の因果関係はない。
- ・ライフル誤射により被害者に瀕死の重傷を負わせた行為者が、被害者が苦しんでいるので、射殺し逃走した場合、「誤射行為と被害者の死亡」との間の因果関係は認められない（最決昭53. 3. 22）。

Ⅲ 故意

1 構成要件の故意

(1) 意義

故意すなわち「罪を犯す意思」は、行為者の意思の問題だから、本質的には「責任」の要素である(責任故意)。そして、刑法は原則として故意犯のみを処罰するので、故意はそのような行為を特定化し、個別化する要素として、違法の要素、構成要件の要素(主観的要素)でもある。

この構成要件の要素としての故意(構成要件に取り込まれた故意)を構成要件の故意という。したがって、構成要件の故意は本来的に責任要素である故意を類型化して捉えたものといえる。

故意とは、行為者が犯罪事実を表象し、かつ認容することをいう(認容説)。すなわち、犯罪事実が発生するならば発生しても構わないとする心理的態度である。

➡ 故意を結果発生の危険の高低により判断する蓋然性説もあるが、結論的にほとんど変わらない。判例も認容説に立っている。

(2) 故意の種類

① 確定的故意

犯罪実現(結果発生)を確定的なものとして表象・認容することである。

➡ Aを殺害する意思でBに向かって発砲する行為。

② 不確定的故意

㊦ 概括的故意

結果発生は確実であるが、客体の個数およびどの客体かを不確実に表象・認容することである。

➡ 群衆に向かって発砲する行為(大判大6.11.9)。

㊧ 択一的故意

数個の客体のどれか1つに結果が発生するのは確実であるが、どの客体に発生するかを不確実に表象・認容することである。

➡ ABのどちらに命中させるつもりで両者に向けて発砲する行為(東京高判昭35.12.24)。

㊨ 未必の故意

結果の発生自体が確実でないが、発生するかもしれないことを表象・認容することである。

平23-24-ア

平23-24-オ

平23-24-エ

- ➡ 盗品であるかもしれないと思いながらも、あえてこれを買受ける行為（最判昭24.11.8）。
- ➡ 認識ある過失と区別すること。未必の故意は、Aの側にいる野鳥を捕らえる目的であったが、Aに弾が当たって死亡してもかまわなと思い発砲する行為であるのに対して、認識ある過失は、自分の腕に自信をもっているから、弾が野鳥の側にいるAに当たることはないと思って発射したところ、Aに当たって、死亡させる行為である。

(3) 故意がない場合の効果

- ① 原則として犯罪は成立しない。
- ② 例外として「法律に特別の規定がある場合」（§38 I ただし書）は、故意がない場合にも、過失犯として処罰される。
- ③ ただし、故意も過失もない場合には、責任主義の見地から、いかに特別の規定があつたとしても、犯罪は成立しない。

2 錯誤による構成要件の故意の阻却＝事実の錯誤

(1) 意義

事実の錯誤（構成要件の錯誤）とは、行為者が認識していた事実と現実に発生した事実（結果）とが一致しないことをいう。

行為者が認識していた事実と現実に発生した事実が一致しない場合、発生事実について故意が認められるかどうか、すなわち発生した結果について犯罪が成立するかどうかの問題である。

- ➡ この事実の錯誤に対し、法律の錯誤（あてはめの錯誤ともいう）がある。これは、行為者が法律上許されない行為を、錯誤により許されると考えて行為した場合をいい、真にそう誤解するのはやむを得ない事情がある場合（法律的事実の錯誤という）以外には、故意は阻却されない（法の不知は許さず）。法の実効性が損なわれるからである。←後述、「違法性の錯誤」、参照。

(2) 事実の錯誤の分類

① 具体的事実の錯誤（同一構成要件内の錯誤）

具体的事実の錯誤とは、行為者が認識していた事実と現実に発生した結果とが、構成要件の範囲内で不一致が生じた場合をいう。

㊦ 客体（目的）の錯誤

行為者が認識した客体と現実の客体との同一性に食違いがある場合である。

- ➡ 人違いなど

④ 方法（打撃）の錯誤

行為者の攻撃の結果が、認識した客体とは別の客体に発生した場合をいう。

⇒ 隣の人に当たったなど

⑤ 因果関係の錯誤

行為者が表象した（予想した）因果の経過と現実に発生した因果の経過とが一致しなかった場合である。

⇒ 意外な経過をたどったが、結局は目的を達した場合など

② 抽象的事実の錯誤（異なる構成要件間の錯誤）

抽象的事実の錯誤とは、行為者が認識していた事実と現実に発生した結果とが、異なった構成要件にまたがって発生した場合をいう。

⑦ 客体（目的）の錯誤

行為者が認識した客体と構成要件の異なる客体に結果が発生した場合である。

⇒ 熊と人を間違えた場合など

① 方法（打撃）の錯誤

行為者の攻撃が構成要件の異なる客体に結果が発生した場合である。

⇒ 犬を狙ったら人に当たった場合など

(3) 事実の錯誤による犯罪の成否

＜論点＞

行為者の認識した事実と現に発生した事実（結果）に、どの程度の不一致があれば、発生した事実につき故意は阻却されるかが問題となる。

この点につき、①法定的符合説、②具体的符合説、③抽象的符合説が対立している。

	法定的符合説 (通説・判例)	具体的符合説	抽象的符合説
内 容	行為者の認識した事実と現実に発生した事実とが、構成要件の範囲内で符合していれば故意は阻却されない。	行為者の認識した事実と現実に発生した事実とが、具体的に符合しないと故意は阻却される。	行為者の認識した事実と現実に発生した事実とが、危険性において抽象的に符合していれば、軽い罪の程度で故意が認められる。
同一構成要件内の錯誤	故意は阻却されない。	故意は阻却される(客体の錯誤を除く)。	故意は阻却されない。
異なる構成要件内の錯誤	故意は阻却される(ただし、構成要件間に重なり合いが認められる場合は、軽い罪の限度で故意が認められる)。	故意は阻却される。	軽い罪の限度で故意が認められる。

(4) 錯誤に関する判例の見解(法定的符合説)

① 具体的事実の錯誤

事実と現に発生した事実が法定的(構成要件的)に符合する限り、故意を阻却せず、しかも、故意の個数は観念しえないとして、発生した事実のすべてにつき故意を認める(数故意説; 最判昭53.7.28)。

㊦ 客体の錯誤



ケーススタディ 1

Aは、B殺害するつもりで、CをBだと思いピストルを発射させ死亡させたが、それはBではなくCであった場合。

平7-26-1



AはCをBと誤認しただけで、およそ「人」を殺害する認識で、「人」を死亡させていることから、Cに対する殺人罪(刑§199)の故意は阻却されない。

➡ 具体的符合説によっても、客体の錯誤に当たるので、Cに対する殺人罪(刑§199)の故意は阻却されない。

④ 方法の錯誤



ケーススタディ2

Aは、Bを殺害しようとしてピストルを発射したところ、弾丸はCに命中し、Cが死亡した場合。

平7-26-3
昭61-25-1



Aはおよそ「人」を殺害する認識があることから、同一構成要件内で符合しているので、Cに対する殺人罪（刑 § 199）の故意は阻却されない。

具体的符合説によれば、Cに対する殺人罪の故意は阻却され、Bに対する殺人未遂罪（刑 § 199, 203）、Cに対する過失致死罪（刑 § 210）が成立する。

具体例

・AがBを殺害しようとしてピストルを発射したところ、弾丸はBに命中し重傷を与えたうえ、側にいたCにも命中しCは死亡した。AにつきBに対する殺人未遂罪とCに対する殺人既遂罪が成立する。

⑤ 因果関係の錯誤



ケーススタディ3

AがBを殺そうとしてBの首を絞めるとBが気絶したので、AはBが既に死亡したものと思い、犯跡をくらす目的でBを河に投げ込んだところ、まだ仮死状態であったBが河中で溺死した場合。

平23-24-オ
昭55-25



Aが認識していた因果の経過と、実際に生じた因果の経過が、相当因果関係の範囲内にあるので、Bに対する殺人罪（刑 § 199）の故意は阻却されない。

② 抽象的事実の錯誤

㊦ 構成要件が重なり合わない場合

重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為のとき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、その重い罪によって処断することはできない（刑 § 38Ⅱ）。

㊦ 軽い罪を犯す意思で重い罪の結果を発生させた場合



ケーススタディ4

AはBの犬を殺すつもりでピストルを発射したところ、弾丸がそれでBに当たり、Bを死亡させた場合（方法の錯誤）。

平7-26-5

 Aは犬を傷害する認識はあるが、人を殺害する認識はないことから、同一構成要件の範囲内で符合していないので、Bに対する殺人罪の故意は阻却され、Bに対する過失致死罪のみが成立する（犬に対する器物損壊の未遂は不可罰）。

⑥ 重い罪を犯す意思で軽い罪の結果を発生させた場合



ケーススタディ 5

AはBを殺すつもりでピストルを発射したところ、弾丸がそれでBの犬に当たり、その犬を死亡させた場合（方法の錯誤）。

平7-26-2

平7-26-4

 AはBを殺害する認識はあるが、犬を傷害する認識はないことから、同一構成要件の範囲内で符合していないので、B（犬）に対する器物損壊罪の故意は阻却され、Bに対する殺人未遂罪（刑 § 199, 203）のみが成立する（犬に対する過失器物損壊は不可罰）。

① 構成要件が重なり合う場合

①a 軽い罪を犯す意思で重い罪の結果を発生させた場合



ケーススタディ 6

遺失物だと誤信して他人の占有物を領得した場合（客体の錯誤）。

平23-26-ウ

 異なる構成要件の錯誤であるが、遺失物横領罪と窃盗罪とは遺失物横領の範囲で構成要件が重なり合うから、軽い罪の限度で遺失物横領罪（刑 § 254）が成立する（東京高判昭35. 7. 15）。

判 例

・住居侵入窃盗を教唆したところ、犯人が他人の家に侵入して強盗した場合（方法の錯誤）、教唆者は住居侵入窃盗の範囲で教唆犯としての責を負う（最判昭25. 7. 11）。

①b 重い罪を犯す意思で軽い罪の結果を発生させた場合



ケーススタディ 7

他人の占有物だと誤信して他人の遺失物を領得した場合（客体の錯誤）。

 異なる構成要件の錯誤であるが、遺失物横領罪と窃盗罪とは遺失物横領の範囲で構成要件が重なり合うから、軽い罪の限度で遺失物横領罪（刑 § 254）が成立する（東京高判昭35. 7. 15参照）。

4 構成要件の過失

平元-25-1

罪を犯す意思（故意）がない行為は罰しないのが原則であるが、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない（38条1項ただし書）。

過失行為は、法律に過失行為を処罰する規定がある場合のほかは、処罰されない。

(1) 構成要件の過失の意味

条文に過失犯を処罰する旨の規定がある場合は、故意がなくても処罰することができる。この過失を構成要件（犯罪成立要件）上の過失という意味で「構成要件の過失」という。

① 「過失」とは、不注意すなわち注意義務違反によって一定の作為または不作為を行うことをいう。

不注意とは、法律上必要とされる注意義務に違反することをいう。

② 注意義務の内容

「結果発生の予見可能性」と、「結果発生の回避可能性」に分けられる。そして、予見可能性の存在を前提として「結果予見義務」、回避可能性の存在を前提として「結果回避義務」が導かれる。

<論点>

この2つの義務のうち、どちらに違反することが「過失犯」であるかについて「旧過失論」と「新過失論」の対立がある。

	旧過失論	新過失論
過失の実体	精神を緊張すれば結果の発生を予見できたのに不注意で予見を怠り、結果を発生させた点にある（結果予見義務違反）。	社会生活上要求される注意を怠り、結果回避のための適切な処置をとらなかった点にある（結果回避義務違反）。
過失の本質	「過失」とは、結果の発生を予見するように精神を緊張させるべき注意を欠いたという、行為者の内心的心理状態を意味することになり、過失は責任形式である	「過失」とは、社会生活上要求される基準行為から逸脱したという、責任形式である前に構成要件・違法の段階の問題である。

(2) 過失の成立要件

① 構成要件の結果発生の認識・認容を欠いていることである（認識・認容があれば故意犯）。

② 注意義務に違反することである（最判平4.7.10）。

「注意義務に違反する」といえるためには、次の要件が必要である。

- ㊦ 当該状況で、行為者に注意義務があること。
- ㊧ 行為者が注意義務を怠ったこと（注意義務懈怠）。
- ㊨ 行為当時、行為者が注意義務を履行することが可能な状況にあったこと。

(3) 過失の種類

① 認識なき過失と認識ある過失

㊦ 認識なき過失とは、行為者が犯罪事実の認識を欠いている過失をいう。

➡ 車で歩行者の傍らを全速力で通過する際、歩行者を負傷させることはないと思って運転したところ、歩行者を跳ねた場合。

㊧ 認識ある過失とは、行為者に犯罪事実の認識はあるが、その実現についての認容を欠いている過失をいう。

➡ 車で歩行者の傍らを全速力で通過する際、歩行者を負傷させることがあるかもしれないが、運転に自信があるから大丈夫だと考えて運転したところ、歩行者を跳ねた場合。

② 業務上の過失

一定の業務に従事する者が、その業務上必要とされる注意を怠った過失をいう。一定の業務に従事する者は、通常人に比べて特別の注意義務を有する（最判昭26.6.7）から、より重く罰せられる。

➡ トラックの運転手が歩行者を跳ねた場合

③ 重大な過失（重過失）

重大な過失とは、行為者の注意義務に違反する程度が著しい過失をいい、行為者に通常人より重い注意義務が課されているわけではないが、通常の過失より重く罰せられる。

➡ 無免許で、しかも酩酊の上、人の雑踏する場所に自動車を乗り入れ、前方注視を怠って傷害の結果を生じさせた場合。

平元-25-3

(4) 過失責任が阻却される場合

① 信賴の原則

信賴の原則とは、被害者ないし第三者が適切な行動をとることを信賴するのが相当な場合には、たとえ犯罪結果が生じて、それに対し

平元-25-4

て過失責任を負わなくてよい（犯罪は成立しない），とする原則をいう。

信頼の原則は，たとえば，交通機関の関与者の一方が他方の適切な行動をあてにし，信頼できる社会的環境が成立したという条件のもとで，他人の適切な行動を信頼するのが客観的に相当と認められる場合には，他人の不適切な行動と自己の行動とが相まって結果が生じ，その場合に当該結果発生の予見可能性が認められても，結果回避義務は認められない（過失犯は成立しない）とするものである。

判 例

- ・センターラインの若干左側から右折の合図をしながら右折を始めようとする原動機付自転車の運転者は，右折方法に関する道交法に違反する（右折の際は，道路左側に一時停車し信号の変わるのを待って右折しなければならないのに，中央線寄りから右折した）過失があるとしても，後方から来る他の車両の運転者が交通法規を守り，速度を落として自車の右折を待って進行する等，安全な速度と方法で進行するであろうことを信頼して運転すれば足り，よって生じた過失責任を免れることがある（最判昭42. 10. 13）。
- ➡ 行為者に軽度の過失があっても信頼の原則は適用されとするものである。
- ・旅客の整理，誘導等を取り扱う駅員は，酔客を下車させる場合，その者の歩行の姿勢，態度から，電車との接触，線路敷への転落等の危険があるとみられる特別の状況のない限り，その者が安全保持に必要な行動をとるものと信頼して客扱いをすれば足り，あえて下車後の動向を注視し，または万一の転落の事態に備えて車両の連結部分付近などの線路敷までを点検すべき注意義務を負うものではない（最判昭41. 6. 14）。

5 結果的加重犯（過失犯の刑が加重される場合）

(1) 意 義

結果的加重犯とは，1つの構成要件の内容たる基本行為によって，行為者の予期しない重い結果が発生した場合に，その重い結果の発生を理由として刑が加重される犯罪類型をいう。

- ➡ 強制わいせつ等致死傷罪（§ 181），傷害致死傷罪（§ 205），逮捕等致死傷罪（§ 221）等

(2) 結果的加重犯の成立要件

- ① 基本たる犯罪と重い結果との間に因果関係が存在すること。
- ② 重い結果を発生させることについて、判例は、過失のみならず予見可能性さえ必要ではないとする（最判昭32.2.26）。

(3) 加重結果に故意がある場合の帰結

➡ 厳密には、結果的加重犯ではない。

① 強盗致死罪（刑 § 240後段）

強盗の手段として人を殺した場合、強盗致死罪（刑 § 240；強盗殺人罪）で処断される。

➡ 一般に「死に致した」とは過失を意味するが、240条後段は、この結果的加重犯たる強盗致死罪と加重結果に故意のある強盗殺人罪の2罪を1罪として規定していると解されている（大判大3.6.26）。

② 強盗強姦致死罪（刑 § 241）

強盗犯人が婦女を強姦し、かつ、殺意をもってこれを死亡させた場合、強盗強姦罪と強盗殺人罪との観念的競合であり、強盗強姦致死罪には当たらない（大判昭10.5.13）。

➡ 強盗強姦致死罪は加重結果に故意のある場合を規定していない（強盗致死罪と比較）。