

4 A 基礎講座

体 験 講 義 用

テ キ ス ト

論文解法パターン講義 刑法 第1回

④ 4 A 論文解法パターンテキスト抜粋

- ・ はしがき～目次
- ・ 1 ページ～20 ページ

④ 4 A 知識集中完成条解テキスト抜粋

- ・ はしがき～目次
- ・ 14 ページ～31 ページ
- ・ 81 ページ～86 ページ

TACw セミナー司法試験講座

<TAC>無断複製・無断転載等を禁じます。

【受講生の皆さんへ】

TAC Wセミナー司法試験講座専任講師 中村 充

刑法の論文式問題の解法パターンを網羅しましょう！

本書の目的・効用

〔目的〕

本書は、『4A基礎講座』のOutput講義である『論文解法パターン講義 刑法』（全12回）で使用する論文式問題集です。同講義を受講する際には、必ず持ってきてください。

また、本書は、下記のように、論文解法パターン講義の予習・復習にも使ってください。

〔効用〕

本書を使って、予習→論文解法パターン講義を受講→復習することで、あらゆる法的問題に通用する唯一の処理手順である4段階アルゴリズム（4A：①当事者確定→②言い分→③法的構成→④あてはめ）を使って、出題可能性のある全パターンの憲法の論文式問題を解き、答案を書くことができるようになります。

論文解法パターン講義の予習・復習方法

〔予習〕

- ① 最低限、講師が指定した次回の問題（毎回5問前後）の問題文は読んで来てください。それを前提にして、論文解法パターン講義を実施するからです。
- ② もし余裕があれば、本試験と同様、各問の制限時間の4分の1を目安に、問題文と六法だけを見て、答案構成（答案の下書きメモ：4A）を作成してください。ただ、特に初心者の方にはきついと思うので、くれぐれも無理はせず、むしろ復習を優先してください。
- ③ さらに余裕があれば、制限時間内に、あるいは時間無制限で、自力で答案を書く・答案例を書き写すまでできれば完璧です。ただ、②と同様、くれぐれも無理はせず、むしろ復習を優先してください

〔復習〕

- ① 論文解法パターン講義で講師が指示した宿題をこなしてください。
- ② 問題文と六法・条文だけから自力で、論文解法パターン講義で講師が実演した解答過程を再現し、4Aを組むことができるようになるまで、くり返し訓練してください。
- ③ もし余裕があれば、制限時間内に、あるいは時間無制限で、自力で答案を書く・答案例を書き写すまでできれば完璧です。

Let's 4A!

< 目 次 >

※目標、重要項目、答案作成上のアドバイス、解答過程、講師作成答案例は、全てTAC司法試験座オリジナルのものです。

1 刑民法における4段階アルゴリズム(4A)の具体化

- 1-1 単独犯パターン・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・1
- 1-2 複数犯パターン・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・2

2 パターン別4A実践問題

- 2-1 導入・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・3
 - 2-1-1 上智大学法科大学院2007年度：刑事法・・・・・・・・3
- 2-2 単独犯パターン・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・9
 - 2-2-1 明治大学法科大学院2006年度・・・・・・・・・・9
 - 2-2-2 北海道大学法科大学院2006年度：第1問・・・・・・・・15
 - 2-2-3 関西学院大学法科大学院2005年度・・・・・・・・・・21
 - 2-2-4 上智大学法科大学院2008年度：刑事法第1問・・・・・・27
 - 2-2-5 関西学院大学法科大学院2008年度・・・・・・・・・・31
 - 2-2-6 旧司法試験平成4年度：第2問・・・・・・・・・・・・35
 - 2-2-7 TAC司法試験講座オリジナル問題・・・・・・・・・・39
 - 2-2-8 旧司法試験平成15年度：第2問・・・・・・・・・・・・43
 - 2-2-9 旧司法試験昭和48年度：第2問・・・・・・・・・・・・49
 - 2-2-10 慶應大学法科大学院2005年度・・・・・・・・・・・・55
 - 2-2-11 予備試験平成23年度・・・・・・・・・・・・・・61
- 2-3 複数犯パターン・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・67
 - 2-3-1 旧司法試験平成13年度：第1問・・・・・・・・・・・・67
 - 2-3-2 北海道大学法科大学院2010年度：第2問・・・・・・・・73
 - 2-3-3 北海道大学法科大学院2011年度：第2問・・・・・・・・79
 - 2-3-4 旧司法試験平成11年度：第2問・・・・・・・・・・・・85
 - 2-3-5 旧司法試験平成14年度：第1問・・・・・・・・・・・・91
 - 2-3-6 中央大学法科大学院2009年度・・・・・・・・・・・・97
 - 2-3-7 旧司法試験平成10年度：第1問・・・・・・・・・・・・103
 - 2-3-8 明治大学法科大学院2008年度・・・・・・・・・・・・109
 - 2-3-9 北海道大学法科大学院2008年度：問題2・・・・・・・・115
 - 2-3-10 慶應大学法科大学院2008年度・・・・・・・・・・・・119
 - 2-3-11 千葉大学法科大学院2006年度：第2問・・・・・・・・125
 - 2-3-12 中央大学法科大学院2008年度・・・・・・・・・・・・129
 - 2-3-13 北海道大学法科大学院2007年度：問題1・・・・・・・・135
 - 2-3-14 旧司法試験平成7年度：第1問・・・・・・・・・・・・141
 - 2-3-15 旧司法試験平成18年度：第1問・・・・・・・・・・・・147
- 2-4 交錯パターン・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・153
 - 2-4-1 九州大学法科大学院2011年度・・・・・・・・・・・・153
 - 2-4-2 旧司法試験昭和58年度：第1問・・・・・・・・・・・・159
 - 2-4-3 北海道大学法科大学院2007年度：第2問・・・・・・・・167

1 刑法における4段階アルゴリズム（4A）の具体化

1-1 単独犯パターン

1 当事者確定 : 檢察官 VS 行為者

檢察官側

- 2 言い分 : 「『行為者』の『犯罪?』行為 = 犯罪 → 刑罰を!」
 複数いる場合 ↑ ↑ 主観 (意思)・客観 (時間・場所、行為態様等) を総合して特定
 より直接的な行為者から
- 3 法的構成 : 犯罪 (条文) 選択 ← 主観 (故意等)・客観 (結果、実行行為等) を総合。

答案書き出し：「《行為者》が、～した行為に、…罪（条文番号）が成立しないか。」

- 4 あてはめ：上記3で選択した犯罪の構成要件の定義・解釈にあてはめる。
- (1) 実行行為：法益侵害（構成要件の結果発生）の現実的危険ある行為
 - (2) 結果 ※×なら未遂（43条本文→44条→各則）⇒下記(4)(5)の検討
 - (3) 因果関係 ※×なら未遂（43条本文→44条→各則）⇒下記(4)(5)の検討
＝条件関係：（実行）行為1なければ結果2なし
＋相当因果関係：（実行）行為1から結果2が生じることが社会通念上相当
 - (4) 構成要件の故意＝「罪を犯す意思」（38条1項本文） ※故意責任の本質から解釈（構成要件の過失：38条1項但書）∴上記(1)で検討済
 - (5) その他（主体・客体、目的など）

行為者	側
-----	---

- 2 言い分 : (1)「犯罪じゃない!」(2)「刑を軽くしろ・免除しろ!」
- 3 法的構成
- (1) 犯罪成立阻却事由
- ア 違法性阻却事由 (正当防衛:36条→緊急避難:37条→法令・正当業務行為:35条→被害者の同意等)
- ※違法性の本質から解釈 = 総則的 = 超法規的
- イ 責任阻却事由 (責任故意:38条→責任能力:39条1項・41条→期待可能性) ※責任の本質から解釈
- (2) 刑の減免事由 = 超法規的
- ア 中止犯 (43条但書) ←未遂犯 (同条本文)
- イ 心神耗弱 (39条2項:限定責任能力)
- ウ 親族等の間の犯罪に関する特例 (244条、257条) etc.

裁 判 所

※吸収：行為と結果（法益侵害）が密接な関係にある複数の犯罪は、軽い方が重い方に吸収される。

- ### 3 法的構成：罪数処理←個人に複数の犯罪が成立した場合
- (1) 科刑上一罪（54条1項）
- ア 観念的競合（前段）：複数の犯罪が、「一個の行為」による場合
- イ 牽連犯（後段）：複数の犯罪が、罪質上通例「手段」「結果」の関係にある場合
- (2) 併合罪（45条前段）：原則
- ### 4 あてはめ

1-2 複数犯パターン

1 原則

- (1) より直接的な行為者Xにつき、単独犯パターン（前記1-1）で検討
※判断できない場合や、これでは書きにくい場合→下記2
- (2) **検察官側**：Yが上記(1)の行為に関与する行為をした（言い分）
- ア 間接正犯（単独犯：法的構成）の成否を検討（あてはめ）
- ①X（被利用者）に規範的障害なし
 - ②Y（利用者）がX（被利用者）を一方向的に支配・利用
⇒①②を総合考慮して、満たすといえるなら、Yの上記行為にXの行為が延長される
→延長されたYの行為について、**単独犯パターン**（前記1-1）で検討
- イ 共犯（修正された構成要件）
- (ア) ①②を満たさない→共同正犯（60条：法的構成）が成立しないか？（あてはめ）
- ①「正犯」意思＝自己の〔犯罪〕として積極的・主体的に犯行を実現しようとする意思
 - ②「共同して犯罪を実行した」行為（共同実行行為）
 - (a)「共同して犯罪を実行」する意思＝相互利用補充の意思
 - (b)「共同して犯罪を実行した」事実＝相互利用補充の事実
 - ③（構成要件的）故意（38条1項本文）
- (イ) 共同正犯が成立しない→Yにつき、教唆犯（61条：法的構成）が成立しないか？
（1項：あてはめ）
- ①被教唆者Xの「犯罪…実行」行為＝上記(ア)で検討済み→不要
 - ②「人を教唆」行為＝Xに特定の犯罪の実行を決意させる行為
 - ③上記①・②間の因果関係（「して」）
 - ④教唆故意（38条1項本文：構成要件の故意）＝①・②の認識・認容
- (ウ) 教唆犯が成立しない→Yにつき、幫助犯（62条：法的構成）が成立しないか？
（1項：あてはめ）
- ①「正犯」Xの実行行為＝上記アで検討済み→不要
 - ②「幫助した」＝上記①を容易にした
 - ③幫助故意（38条1項本文：構成要件の故意）＝①・②の認識・認容
- (3) **行為者側**
- ア 共犯関係からの離脱
- イ 犯罪成立阻却事由→刑の減免事由は、単独犯パターン（前記1-1）と同様。
- (4) **裁判所**：罪数処理は、単独犯パターン（前記1-1）と同様。

2 例外

- (1) **検察官側**：XYの（犯罪？）行為全体（言い分）につき、
対等型の共同正犯（60条：法的構成）の成否を検討（あてはめ）。
- ①「正犯」意思
 - ②「共同して犯罪を実行した」行為（共同実行行為）
 - (a)「共同して犯罪を実行」する意思＝相互利用補充の意思
 - (b)「共同して犯罪を実行した」事実＝相互利用補充の事実
 - ③結果
 - ④上記②・③間の因果関係
 - ⑤（構成要件の）故意（38条1項本文）
- (2) **行為者側**、**裁判所**については、上記1と同様。

2 パターン別4A実践問題

それでは、4Aを使って問題を解いてみましょう。

2-1 導入

□□□ 2-1-1 上智大学法科大学院2007年度:刑事法

暴力団組長Xと、配下の組員Yは、共謀の上、別の暴力団組員AをA宅で殺害したとして、逮捕、勾留された。Yは、捜査段階で次のような供述をし、この趣旨にそった司法警察員に対する供述調書及び検察官に対する供述調書が作成された。

Yの供述

「XとAの間に、金銭関係のトラブルがあったため、私は、Xから、『この金で手打ちにしろ。何もしなすめば一番いいが、あいつが嫌がるようなら、こちらもなめられてはいけないから、多少手荒なことをしてもかまわない』と命じられました。私は、気が進まなかったのですが親分の命令なので、渡された和解金100万円を持参して、仕方なく、A方に交渉に向かいました。Aは、私を見て渋い顔をしていたのですが、一応、応接間にあげてくれました。しばらくして、和解金のことを切り出したところ、Aは『貴様、たったそれっぽちで手打ちにしろと言うのか！わしをなめとるのか！』と怒号し、しかも、傍らにあった日本刀を引き抜いて、『貴様、叩っ斬るぞ！』と叫んで、刀を振り回してきました。はじめは私も、脅しだろうから何とかやり過ごそうとしていたのですが、Aは、途中から、怒りに我を忘れているようで、私の左腕に切りつけ、服が破けて血が噴き出していました。私は、このままでは殺されてしまうかもしれないと思って、ドアに向かって逃げようとしたところ、Aが『貴様逃げるのかあ』と叫んで、ドアの前で仁王立ちになりました。私も、ここまでされるいわれはないと怒りがこみ上げ、しかもXからあのようにもいわれてもいましたので、側にあった銅製の壺を両手でつかみ、Aの顔面めがけて思い切り投げつけました。Aは壺を避けようとしてよろけ、その際、刀がAの首筋に刺さりました。Aは多量に出血し、すぐに動かなくなりました。」

これに対しXは、Aとの間にトラブルがあったことは確かだが、それ以上のことは知らない、Yが手柄を立てようと独断でやったことだろう、と言っている。

- (1) Yの供述が証拠能力を有し、かつ、それが信用でき、それに沿った事実が認定できたとする。Xの罪責はどうなるか。なお、Yが直ちに救命措置を講じてもAは助からなかったとする（特別法違反に言及する必要はない）。
- (2) XとYとは別々に起訴され、分離されたまま審理されている。Xの公判審理において、Yの検察官に対する供述調書及び司法警察員に対する供述調書を証拠として取り調べることは、それぞれどのような場合か。

(制限時間30分：(1)(2)合わせて60分)

※(1)が刑法の問題です。(2)は刑事訴訟法の問題なので、今のところ、解く必要はありません。

<目標>

- ① 単独犯・複数犯パターンの選別方法と、それぞれのパターンの使い方を把握する。
- ② 結果的加重犯の処理方法を把握する。
- ③ 構成要件要素の検討方法を把握する。
- ④ 正当防衛（違法性阻却事由）の処理方法を把握する。
- ⑤ 傷害（致死）罪、暴行罪の構成要件の使い方を把握する。

<重要条文>

- 1 傷害～致死（204～5条）
- 2 暴行（208条）
- 3 正当防衛（36条）
- 4 共同正犯（60条）

<答案作成上のアドバイス>

- ① 罪責が問われていなくても、より直接的な行為者から検討していくのが鉄則です。
- ② 本問では、実行行為性、防衛の意思、共同正犯（60条）などの検討で、問題文の事情をフル活用できるので、加点が期待できます。
- ③ ただ、本問の制限時間は30分と極めて短いため、現実的には、上記②の加点はほとんど稼げず、また、Yの行為が違法性阻却されるとした上で、制限従属性説からXに共同正犯が成立しないとしてコンパクトに終わらせるあたりで時間切れでしょう。

<解答過程>

※罪責を問われているのはXだが、より直接的な行為者Yから検討すべき。



〔Yの罪責〕

👉 Yの犯罪っぽい行為は、どれだろうか？（検察官側の言い分）

⇒側にあった銅製の壺を両手でつかみ、Aの顔面めがけて思い切り投げつけた行為

👉 この行為には、どんな犯罪が成立しそうだろうか？（検察官側の法的構成）

→主観面と客観面を総合して考える。 ∵ 行為＝主観＋客観

＋できる限り重い犯罪から検討する。 ∵ 検察官の視点≡被害者の視点

⇒傷害致死罪（205条） ∵ 客観：A死亡結果、主観：殺人罪の故意はなさそう

👉 傷害致死罪（205条）の構成要件に該当するか？（検察官側のあてはめ）

＝結果的加重犯→構成要件は基本犯＋加重結果＋因果関係

○基本犯たる傷害罪（204条）の構成要件に該当するか？

・「人の身体を傷害し」（実行行為）＝人の身体侵害の現実的危険ある行為

→上記Yの犯罪っぽい行為について検討

・「た」（結果）：日本刀がAの首筋に刺さり多量に出血した（人の身体侵害）

・（因果関係）

→条件関係：○

∵Aに壺を投げつけた行為がなければ、Aが壺を避けようとしてよろけることもなく、前記結果も発生しなかった

→相当因果関係：×

∵Aに壺を投げつけた行為の危険は、日本刀がAの首筋に刺さり多量に出血した結果とは異質

→行為の危険が結果へと現実化したとはいえない



「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」（43条本文：未遂）にあたる。

→「未遂を罰する場合は、各本条で定める。」（44条）

→傷害未遂罪の明文はないが、実質的には「暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったとき」（208

条：暴行罪）⇒構成要件に該当する



行為者側の言い分 : Aに日本刀で切りつけられたりした（Yの供述L6～10）

行為者側の法的構成 : まず、違法性阻却事由の検討（36条→37条→35条→被害者の同意等）



👉 正当防衛（36条1項）が成立し、「罰しない」⇒違法性阻却されないか？（行為者側のあてはめ）

・「急迫不正の侵害に対して」

→「侵害」：Aが日本刀を振り回しYの左腕に切りつけた

（+Aが『貴様逃げるのかぁ』と叫んでドアの前で仁王立ち）

→これは「急迫」しているか？：○

→これは「不正」か？：少なくとも傷害罪（204条）・暴行罪（208条）が成立する違法な行為

・「自己又は他人の権利を防衛するため」

→少なくとも自己の身体という法益（「権利」）を守るため

+防衛の意思⇒必要 ∵違法性の本質＝社会的相当性を欠く法益侵害行為（行為無価値論）

↓

→防衛の意思がない偶然防衛は、社会的相当性を欠く

急迫不正の侵害を認識しつつ、これを避けようとする単純な心理状態 ∵「急迫」状態

⇒あてはめ ※どちらの結論にもできるだろう。

・「やむを得ずにした行為」＝必要かつ相当な行為

→武器対等など「行為」（者）に関する全事情を考慮



責任阻却事由、刑の減免事由（行為者側の反論）は特にない。



他の関与者Xの罪責の検討

〔Xの罪責〕

👉 Xの犯罪っぽい行為は、どれだろうか？（検察官側の言い分）

⇒Yに命じた行為=Yの行為に関与する行為⇒複数犯パターン（1-2）

👉 間接正犯の成否の検討（検察官側の法的構成・あてはめ）

・少なくとも、XがYに命じた行為をした時点では、Yに規範的障害あり ∴Yは気が進まなかった
 ※YがAに壺を投げた行為に正当防衛が成立し違法性阻却されるとすると、その点で規範的障害なしとも評価しうる。

・XのYに対する一方的支配利用関係までではない

∴Yは、犯行現場のA方では積極的・主体的に犯行＞Yは暴力団組長Xの配下の組員

⇒Xの行為にYの行為が延長されるとは評価できない。



👉 共同正犯（60条）が成立しないか？（検察官側の法的構成・あてはめ）

- 「正犯」意思 = 自己の犯罪として積極的・主体的に犯行を実現しようとする意思
- 「共同して犯罪を実行した」行為
 - ・「共同して犯罪を実行」する意思 = 相互利用補充の意思
 - ・「共同して犯罪を実行した」事実 = 相互利用補充の事実
- （構成要件的）故意（38条1項本文）

を検討する。

※共同正犯が成立しなければ教唆犯（61条）の成否、さらに教唆犯が成立しなければ幫助犯（62条）の成否を検討し、幫助犯も成立しなければXに犯罪は成立しない。ただ、実務では、共犯のほとんどが共同正犯として処理されることから、できる限り共同正犯を成立させる方向で考える姿勢が求められる。

※Yの行為が違法性阻却されるとすると、制限従属性説（違法は連帯に、責任は個別に）から、Xに共（同正）犯が成立しないということも可。

講師作成答案例

	第1 YがAに壺を投げつけた行為1に、傷害致死罪（205条）が成立しないか。
5	1(1) 両手でつかむ以上、ある程度の大きさがあるだろう銅製の硬い壺を、Aの顔面という弱い部分めがけて、両手で思い切り力を込めて投げつけられれば、少なくとも“あざ”等の人の身体侵害の現実的危険がある。
	とすると行為1は、同罪の基本犯たる傷害罪（204条）の実行行為といえる。
	(2) 他方、日本刀がAの首筋に刺さり多量に出血するという人の身体を侵害し「た」結果が生じている。
	(3)ア 実行行為1がなければ、Aが壺を避けようとしてよろけることもなく、結果(2)は生じなかったので、条件関係はある。
10	イ ただ、上記(1)の“あざ”等の危険は、異質な結果(2)へと現実化したとはいえないから、相当因果関係はない。
	(4) そうすると、行為1という人の身体に対する不法な有形力の行使たる「暴行を加えた」Yが、Aという「人を傷害するに至らなかったとき」にあたる。
	行為1の態様から、暴行「罪を犯す意思」（38条1項本文：故意）も認められる。
15	2 しかし行為1は、正当防衛（36条1項）として「罰しない」、つまり違法性が阻却されないか。
	(1) Aは、応接間で、『わしをなめとるのか！』等と怒号し、『貴様、叩っ斬るぞ！』と叫んで日本刀を振り回してきた。Aは、途中から怒りに我を忘れている
20	ようで、Yの左腕に切りつけ、服が破けて血が噴き出した。
	しかし、「急迫不正な侵害」は終了せず、Yがドアに向かって逃げようとしたところ、Aは、『貴様逃げるのかあ』と叫んで、ドアの前で仁王立ちになった。
25	この状況では、AのYに対する暴行ないし傷害という違法な侵害の危険が再び切迫しているといえ、「急迫不正の侵害」があったといえる。
	(2) これに対しYは、自己の身体という「権利」つまり法益を「防衛するため」に行為1をしたといえるか。
	ア 違法性の本質は、社会的相当性を欠く法益侵害にある。
30	とすると、防衛の意思なき法益侵害行為は社会的相当性を欠くから、防衛の意思がなければ「防衛するため」といえない、と解すべきである。
	ただ、「急迫」状態にある以上、急迫不正の侵害を認識しつつこれを避けようとする単純な心理状態で足りると解すべきである。
	イ 本問でYは、前記(1)の状況で、このままでは殺されてしまうかもしれないと思ってドアに向かって逃げようとしたところ、Aが『貴様逃げるのかあ』と叫んで、ドアの前で仁王立ちになった。Yも、ここまでされるいわれはないと怒りがこみ上げ、しかもXから『多少手荒なことをしてもかまわない』等と言わ
35	れてもいたことから行為1に出た。
	(ア) これは、YがAの急迫不正の侵害を認識しつつこれを避けようとする単純な心理状態を先に有しており、これに基づいた回避行動を起こしたのに対し、さらなるAの急迫不正の侵害があったので、攻撃の意思を有するに至ったとみられる。
40	(イ) また、Yが気が進まなかったことや、側にあった物を使って行為1に出たのはとっさの行動と思われることから、Yには積極的加害意思があったわけでもない。
	ウ とすると、防衛の意思をもって「防衛するため」に行為1をしたといえる。

45	(3) Yは、前記(1)の状況から逃げるため、防衛行為をする必要があったといえる。 また、Yの、日本刀を用いた急迫不正の侵害より殺傷力の低い行為1は、相当といえる。 よって、行為1は、「やむをえずにした行為」といえる。
	(4) したがって、正当防衛が成立し、行為1の違法性が阻却される。
50	3 以上から、行為1に暴行罪は成立しない。
	第2 Xの、Yに命じた行為2に、暴行罪の共同正犯(60条)が成立しないか。
	1 (1) 暴力団組長Xは、Aとの金銭関係トラブルにつき、配下の組員Yに、『多少手荒なことをしてもかまわない』と命じて和解金100万円を渡しているから、積極的・主体的に暴行罪を実現する「正犯」意思があったといえる。
55	(2) Xは、Yに命じたが、『何もしないで済めば一番いいが、あいつが嫌がるようなら〜』とYの判断に任せた点で、Yと「共同して」暴行罪を「実行」する意思があった。
	(3) これに基づきYが、渋い顔から怒り出したAが和解金100万円を手打ちにするのを『嫌がる』様子に対し、『多少手荒なこと』といえる行為1に出た事実がある
60	以上、XYは「共同して」暴行罪を「実行した者」といえる。
	(4) 行為2の態様から、暴行罪の共同正犯の故意も認められる。
	(5) よって、Xの行為2に暴行罪の共同正犯が成立する。
	2 なお、Yの行為1の正当防衛による違法性阻却は影響しないと考え。正当防衛は防衛の意思といった主観的要素を含む以上、個別的判断を予定しており、Xには前記第1の2(2)アの防衛の意思がないからである。
65	

以 上

2-2 単独犯パターン

□□□ 2-2-1 明治大学法科大学院2006年度

Xは、敵対する暴力団組長Aが同組員Bとともに歩いているのを現認したため、Aを殺害するつもりでAに向けてピストルを撃った。ところが、弾丸はAには当たらず、Aの2メートル後方を歩いていたBの腹部を貫通し、さらに15メートル後方にバイクでやってきたCの胸部に命中した。Bは即死したが、Cは全治2ヵ月を要する重傷を負った。

Xの罪責を検討せよ。

(制限時間60分：憲法と合わせて120分)

<目標>

- ① 刑法総論メインの問題における単独犯パターンの使い方を把握する。
- ② 殺人罪の構成要件の使い方を把握する。
- ③ 未遂罪（刑の減免事由）の処理方法を把握する。
- ④ 具体的事実の錯誤（構成要件：故意）の処理方法を把握する。

<重要条文>

- ☐ 1 殺人（199条）、未遂罪（44条、203条）
- ☐ 2 未遂減免（43条）
- ☐ 3 故意（38条）

<答案作成上のアドバイス>

- ① 客観的な結果（法益侵害）の観点から、A・B・Cに対する犯罪をそれぞれ検討することが、最初の、そして最大のポイントです。ここを誤ると、配点をゴツゴツと落としてしまうことになります。
- ② 故意（錯誤）の解釈問題は、全て故意責任の本質から論じられるので、故意責任の本質は、“寝てても書ける”くらいにしてください。

<解答過程>

 甲の犯罪っぽい行為は、どれだろうか？（検察官側の言い分）

⇒XがAに向けてピストルを撃った行為

 この行為には、どんな犯罪が成立しそうだろうか？（検察官側の法的構成）

→主観面と客観面を総合して考える。 ∵行為＝主観＋客観

＋できる限り重い犯罪から検討する。 ∵検察官の視点≠被害者の視点

⇒①Aに対する殺人（未遂）罪（（203条・）199条）

∵客観：Aに向けてピストルを撃った（が当たらず）、主観：Aを殺害するつもり

②Bに対する殺人罪（199条） ∵客観：B即死、主観：（Aを）殺害するつもり ※B≠A（錯誤）

③Cに対する殺人（未遂）罪（（203条・）199条）

∵客観：Cの胸部に命中で重傷、主観：（Aを）殺害するつもり ※C≠A（錯誤）

【①Aに対する殺人（未遂）罪】

🔑 殺人（未遂）罪（203条・199条）の構成要件に該当するか？（検察官側のあてはめ）

- ・「人を殺し」（実行行為）＝人の生命侵害の現実的危険ある行為
⇒XがAに向けてピストルを撃った行為は、人の生命侵害の現実的危険があるといえる。
- ・「た」（結果）：Aの死亡結果が発生していない。
⇒「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」（43条本文：未遂）にあたる。
→「未遂を罰する場合は、各本条で定める。」（44条）
⇒殺人未遂罪（203条、199条）の構成要件該当性を検討
※実行行為と結果との間の因果関係の検討不要。
- ・「罪を犯す意思」（38条1項本文：（構成要件的）故意）
⇒Aに対する殺人（未遂）「罪を犯す意思」あり。 ∵Aを殺害するつもり
※ある犯罪の故意は、同罪の未遂に必要な故意でもありと考えてよい。



違法性・責任阻却事由、刑の減免事由（行為者側の反論）は特にない。

【②Bに対する殺人罪】

🔑 殺人罪（199条）の構成要件に該当するか？（検察官側のあてはめ）

- ・「人を殺し」（実行行為）＝人の生命侵害の現実的危険ある行為
⇒XがAに向けてピストルを撃った行為は、その2メートル後方を歩いている人の生命侵害の現実的危険があるといえる。
- ・「た」（結果）：Bは即死した。
- ・（因果関係）：問題なくある。
- ・「罪を犯す意思」（38条1項本文：（構成要件的）故意）
→Aを殺害するつもり（主観）≠（客観）Bを殺害した
⇒故意責任の本質＝規範に直面したのにあえて行為に出たことに対する非難
→規範＝構成要件
→構成要件の範囲内で主観と客観が符合していれば、故意あり（法定的符合説）。
→このように抽象化され個性のない故意の個数は問題とならない（数故意説）。
→本問で、Aを殺害する主観＝「人を殺した」＝Bを殺した客観
⇒故意あり



違法性・責任阻却事由、刑の減免事由（行為者側の反論）は特にない。

〔 ③Cに対する殺人（未遂）罪 〕

👉 殺人（未遂）罪（203条・199条）の構成要件に該当するか？（検察官側のあてはめ）

・「人を殺し」（実行行為）＝人の生命侵害の現実的危険ある行為

⇒XがAに向けてピストルを撃った行為は、2メートル後方を歩いていたBのさらに15メートル後方にやってきていた人の生命侵害の現実的危険がある？

・「た」（結果）：Cの死亡結果が発生していない。

⇒Aと同様、殺人未遂罪（203条、199条）の構成要件該当性を検討

※実行行為と結果との間の因果関係の検討不要。

・「罪を犯す意思」（38条1項本文：（構成要件的）故意）

→Aを殺害するつもり（**主観**）≠（**客観**）Cを殺害しかけた（具体的事実の錯誤）

→Bと同様に考えると、本問で、Aを殺害する**主観** ⊃ 「人を殺し」かけた ＝ Cを殺しかけた**客観**

⇒殺人未遂罪の限度で故意あり。



違法性・責任阻却事由、未遂以外の刑の減免事由（行為者側の反論）は特にない。

〔**罪数**〕 ←Xに、Bに対する殺人罪とA・Cに対する殺人未遂罪という複数の犯罪が成立

→これらは、「一個の行為」1による

⇒観念的競合（54条1項前段）となる。

講師作成答案例

5	1 XがAに向けてピストルを撃った行為1に、Aに対する殺人未遂罪（203条、199条）が成立しないか。 (1) 行為1は、ピストルという殺傷力の高いものを用いており、人の生命侵害の現実的危険ある実行行為（「人を殺し」といえるが、Aの生命侵害結果は生じず「これを遂げなかった」（43条本文）。 (2) Aを殺害するつもりだったから、殺人（未遂）「罪を犯す意思」（38条1項本文：故意）もある。 (3) よって、殺人未遂罪が成立する。
10	2 行為1に、Bに対する殺人罪（199条）が成立しないか。 (1) 行為1は、Aの2メートル後方を歩いていたBの生命侵害の現実的危険ある実行行為といえる。また、Bは即死し、結果も発生した。行為1と同結果との間の因果関係もある。 (2) Bに対する殺人罪の故意はあるか。
15	ア そもそも故意責任の本質は、規範に直面したのにあえて行為をしたことに対する非難にある。 そして、規範は構成要件として与えられているから、構成要件の範囲内で主観と客観が符合していれば、故意が認められると解すべきである。 また、このように抽象化され個性のない故意の個数は問題とならない。
20	イ 本問で、Aを殺害する主観とBを殺した客観は、「人を殺した」という構成要件の範囲内で符合している。 ウ よって、Bに対する殺人罪の故意が認められる。 (3) したがって、Bに対する殺人罪が成立する。
25	3 行為1に、Cに対する殺人未遂罪が成立しないか。 (1) 行為1は、ピストルという貫通力あるものを用いており、Bのさらに15メートル後方にバイクでやってきていたCの生命侵害の現実的危険ある実行行為といえるが、Cは全治2ヵ月を要する重傷を負ったにとどまり、Cの生命侵害結果は生じていない。 (2) Cに対する殺人未遂罪の故意はあるか。
30	Aを殺害する主観とCを殺しかけた客観は、「人を殺し」かけたという構成要件の範囲内で符合している。 よって、Cに対する殺人未遂罪の故意が認められる。 (3) したがって、Cに対する殺人未遂罪が成立する。
35	4 前記1～3は、「一個の行為」1によるので、観念的競合となる（54条1項前段）。すると、その最も重い刑により処断するにとどまるので、故意の個数を問題とせずとも、責任主義に反しないのである。
40	以 上

MEMO

□□□ 2-2-2 北海道大学法科大学院2006年度:第1問

長距離トラック運転手Xは、午前5時20分頃、大型貨物自動車（以下、トラックという）を運転して、T高速自動車国道上り方向の制限速度時速80キロメートルの左側走行車線を、時速約110キロメートルで走行していたところ、折から長距離運転等の疲労のため眠気を催し、瞼が開かない状態になりながらも、パーキングエリアなどで休憩することもせず走行し続けてついに仮睡状態に陥り、そのまま約1.2キロメートルばかり進出した地点でハッと目覚めると、前方約45メートルの地点に、渋滞のため減速走行を始めたA運転の軽四トラックを発見した。Xは、A車両との衝突を避けるため、あわてて急ブレーキをかけハンドルを右に切ったところ、トラックは走行車線と追い越し車線を塞ぐかたちで横転した。Xはその衝撃で一瞬気を失いかけたが、ガソリン漏出による爆発炎上の危険を感じ、運転席ドアを何とか開けて抜け出てトラックから離れ、後続車両に事故を知らせるため発煙筒を振りながら後方へと走り始めたところ、時速約150キロメートルの猛スピードで走行してきたB運転のスポーツカーが横転トラックを避け切れず衝突大破し、このためBと助手席のCが死亡した。

事故現場付近は道路が左方向に緩やかなカーブとなっており、事故発生当時、辺りは日の出前の薄明で、後続車両は、横転トラックの約200メートル後方の地点から異常を視認できる状況であり、B車両以外の後続車両は、前方での異変を感じて急ブレーキをかけスピードを最大限に落として、何とかトラックとの衝突を避けることができた。

Xの罪責を論じなさい（ただし、道路交通法違反の点は除く）。

（制限時間45分：第2問と合わせて90分）

＜目標＞

- ① 刑法総論メインの問題における単独犯パターンの使い方を習得する。
- ② 過失犯（構成要件）の処理方法を把握する。
- ③ 緊急避難（違法性阻却事由）の検討方法を把握する。
- ④ 自動車運転過失致死傷罪の構成要件の使い方を把握する。

＜重要条文＞

- 1 業務上過失致死傷等（211条）
- 2 緊急避難（37条）

＜答案作成上のアドバイス＞

- ① 過失行為へのあてはめで、問題文の事情を使えば使うほど加点が期待できます。
逆に、時間がないときは、過失の4要素全てではなく問題となる要素だけを検討するとか、単に“注意義務違反”を検討するといったことも考えられます。
- ② 自招「侵害」（36条1項）や自招「危難」（37条1項本文）は、かなり頻出ですが見落としやすいので、「侵害」「危難」の検討のときに必ずチェックしましょう。

＜解答過程＞

👉 Xの犯罪っぽい行為は、どれだろうか？（検察官側の言い分）

⇒Xが、あわてて急ブレーキをかけハンドルを右に切り、トラックを横転させた等の行為

👉 この行為には、どんな犯罪が成立しそうだろうか？（検察官側の法的構成）

→主観面と客観面を総合して考える。 ∴行為 = 主観+客観

+できる限り重い犯罪から検討する。 ∴検察官の視点 ⊃ 被害者の視点

⇒自動車運転過失致死罪（211条2項本文） ∴客観：自動車運転によりB・C死亡結果、主観：故意なし

👉 自動車運転過失致死罪（211条2項本文）の構成要件に該当するか？（検察官側のあてはめ）

・「自動車の運転上必要な注意を怠り」（実行行為）

→過失行為

=結果予見可能性を前提とした結果予見義務違反

+結果回避可能性を前提とした結果回避義務違反（新過失論）

→4要素にあてはめ（cf. 講師作成答案例）

・「人を死…させた」（結果）：B・Cを死亡させた。

・「よって」（因果関係） ⇒条件関係・相当因果関係 ○

※相当因果関係において、Bが、制限速度時速80キロメートルのところを時速約150キロメートルの猛スピードで走行してきたという、被害者の行為が介入している点を検討してもいいが、相当因果関係を認めるのが一般的だろう。

※（構成要件的）過失（38条1項但書）は、実行行為で検討済み。



行為者側の言い分 : A車両との衝突を避けるためだった

行為者側の法的構成 : まず、違法性阻却事由の検討 (36条→37条→35条→被害者の同意等)



👉 正当防衛 (36条1項) が成立し、「罰しない」⇒違法性阻却されないか? (行為者側のあてはめ)

⇒A車両との衝突 ≠ 「不正の侵害」 (36条)



👉 緊急避難 (37条1項本文) が成立し、「罰しない」⇒違法性阻却されないか? (行為者側のあてはめ)

→A車両との衝突 = 「危難」

⇔違法性の本質 = 社会的相当性を欠く法益侵害行為 (行為無価値論)

→上記「危難」はXのスピード違反や居眠り運転によって自招したもの = 社会的相当性を欠く

→「危難」に当たらないと解すべき

⇒緊急避難が成立しない。



責任阻却事由、刑の減免事由 (行為者側の反論) は特にない。

MEMO

講師作成答案例

5	Xが、あわてて急ブレーキをかけハンドルを右に切り、トラックを横転させた等の行為1に、自動車運転過失致死罪（211条2項）が成立しないか。 1(1) 「自動車の運転上必要な注意を怠り」とは、自動車の運転における客観的結果予見義務と客観的結果回避義務に違反し、と解すべきである。前者に違反しても、社会的に相当で構成要件に該当しないとすべき行為があるからである。 ア 本問でXは、T高速自動車国道上り方向の制限速度80kmの左側通行車線を、これに違反する時速約110kmという危険な高速で走行していた。 また、折から長距離運転等の疲労のため眠気を催し、脇が開かない状態になりながらも、パーキングエリアなどで休憩することもせず走行し続けてついに仮睡状態に陥り、そのまま約1.2kmも進行した地点でハッと目覚めた。 ここで、前方約45mの地点に、渋滞のため減速走行を始めたA運転の軽四トラックを発見し、これとの衝突を避けるため、行為1をした。 このような状況で、人を死亡させる結果を予見しえなかったとは到底いえないし、結果予見義務違反もあるといえる。
10	イ(ア) ただ、この時点ではトラックが走行車線と追い越し車線を塞ぐかたちで横転したにとどまり、人を死亡させる結果は生じていない。 また、Xは、その衝撃で一瞬気を失いかけたが、ガソリン漏出による爆発炎上の危険を感じ、運転席ドアを何とか開けて抜け出てトラックから離れ、後続車両に事故を知らせるため発煙筒を振りながら後方へと走り始めた。
15	さらに、後続車両は、横転トラックの約200m後方の地点から異常を視認できる状況であり、B車両以外の後続車両は、前方での異変を感じてトラックとの衝突を避けることができた。
20	
25	とするとXは、人の死亡結果を回避する義務を尽くし、制限速度80kmを大幅にオーバーした時速約150kmの猛スピードで走行してきたBらの死亡結果を回避する義務まではなかったとも思える。
30	(イ) しかし、そもそもXが、スピード違反や居眠り運転、急ブレーキ・ハンドルミスをしなければ、Bらの死亡結果は回避しえた。 また、事故現場付近は道路が左方向に緩やかなカーブとなっており、事故発生当時、辺りは日の出前の薄明だったため、見通しがあまり良いとはいえ、B車両以外の後続車両は、急ブレーキをかけスピードを最大限に落として、“何とか”トラックとの衝突を避けることができたにすぎない。
35	とすると、やはりXは、人の死亡結果を回避する義務に違反したといわざるを得ない。 ウ よって「自動車の運転上必要な注意を怠り」にあたる。
40	(2) そして、BとCが「死」亡した。 (3) 行為1がなければこの結果も生じておらず、また行為1の危険が同結果へと現実化したといえるから、因果関係（「よって」）もある。 (4) よって、自動車運転過失致死罪の構成要件に該当する。
	2 しかし、緊急避難として「罰しない」（37条1項本文）、つまり違法性阻却されないか。 確かに行為1は、A車両との衝突という危難を避けるためにされている。 しかし、違法性の本質は社会的相当性を欠く法益侵害行為にある。 上記危難は、Xがスピード違反や居眠り運転によって自ら招いたものであり、この自招に社会的相当性がないから、「危難」にはあたらないと解すべきである。

45	よって、緊急避難として違法性阻却されない。	
3	以上から、自動車運転過失致死罪が成立する。	以 上
50		
55		
60		
65		

【受講生の皆さんへ】

TAC Wセミナー司法試験講座専任講師 中村充

刑法の本試験で即戦力となる知識を、条文単位で網羅しましょう！

本書の目的・効用

〔目的〕

本書は、『4A基礎講座』のinput講義である『知識集中完成講義 刑法』（全6回）で使用する条解テキストです。同講義を受講する際には、必ず持ってきてください。

〔効用〕

本書を使って知識集中完成講義を受講することで、大量の知識の無法則なInputではなく、全ての知識を本試験で使う条文そのものと関連づけて、即戦力として“使える”知識を網羅することができます。これにより、論文本試験現場で参照できる『条文の力』を最大限に引き出すことができるようになるだけでなく、論文・短答式試験対策を、本書及び条文を軸として一元化することで、大幅な効率化が可能となります。

なお、『論文解法パターン講義 刑法』を受講して、問題を解くときの知識の使い方のイメージを持っている状態ならば、上記効用がさらにアップします！

知識集中完成講義の予習・復習方法

〔予習〕 不要です！復習に集中してください。

〔復習〕

- ① まず、講義で進んだ範囲の短答式試験の過去問（皆さんが受ける本試験の過去問が第一ですが、もし、これを“完璧”に解けるようになってからもまだ余裕があるならば、他の本試験過去問に手を広げてみてください。）を、できる限り、たくさん・スピーディーに・くり返し解いてください。
- ② 本書のうち、上記①で解けなかった問題・肢を解くのに必要な知識が書いてある部分に、その問題・肢の識別番号（ex. 司法試験平成24年度刑事系第1問ア→“司H24刑-1ア”）を書き込んでください。この作業は、下記③の作業をすることを念頭に置いて、後から楽に消せる筆記用具であることをオススメします。
- ③ 短答式試験の過去問をくり返し解く中で、解けるようになった問題・肢を解くのに必要な知識については、上記の識別番号を消しましょう。これにより、現在の自分が足りない知識を認識できます。

※ なお、本書には、短答式試験の過去問で問われている知識“そのもの”が載っていないこともあります。それは現場思考で解くべき問題か、あるいは受験生の多くが解けないため解けなくても合格できる問題です。本書の知識だけから、どのように現場思考して解くかを考え、その思考過程を過去問集に残せるとベスト！

Let's 4A!

【目

【刑法】	1
第1編 総則	2
第1章 通則	2
第1条 国内犯	
第2条 すべての者の国外犯	
第3条 国民の国外犯	
第3条の2 国民以外の者の国外犯	
第4条 公務員の国外犯	
第4条の2 条約による国外犯	
第5条 外国判決の効力	
第6条 刑の変更	
第7条 定義	
第8条 他の法令の罪に対する適用	
第2章 刑	6
第9条 刑の種類	
第10条 刑の軽重	
第11条 死刑	
第12条 懲役	
第13条 禁錮	
第14条 有期の懲役及び禁錮の加減の限度	
第15条 罰金	
第16条 拘留	
第17条 科料	
第18条 労役場留置	
第19条 没収	
第19条の2 追徴	
第20条 没収の制限	
第21条 未決勾留日数の本刑算入	
第3章 期間計算	10
第22条 期間の計算	
第23条 刑期の計算	
第24条 受刑等の初日及び釈放	
第4章 刑の執行猶予	10
第25条 執行猶予	
第25条の2 保護観察	
第26条 執行猶予の必要的取消し	
第26条の2 執行猶予の裁量的取消し	
第26条の3 他の刑の執行猶予の取消し	
第27条 猶予期間経過の効果	
第5章 仮釈放	12
第28条 仮釈放	
第29条 仮釈放の取消し	
第30条 仮出場	

次】

第6章 刑の時効及び刑の消滅	13
第31条 刑の時効	
第32条 時効の期間	
第33条 時効の停止	
第34条 時効の中断	
第34条の2 刑の消滅	
【行為論】	14
【構成要件総論】	15
第7章 犯罪の不成立及び刑の減免	18
第35条 正当行為	
第36条 正当防衛	
第37条 緊急避難	
第38条 故意	
第39条 心神喪失及び心神耗弱	
第41条 責任年齢	
第42条 自首等	
第8章 未遂罪	24
第43条 未遂減免	
第44条 未遂罪	
第9章 併合罪	26
第45条 併合罪	
第46条 併科の制限	
第47条 有期の懲役及び禁錮の加重	
第48条 罰金の併科等	
第49条 没収の付加	
第50条 余罪の処理	
第51条 併合罪に係る2個以上の刑の執行	
第52条 一部に大赦があった場合の措置	
第53条 拘留及び科料の併科	
第54条 1個の行為が2個以上の罪名に触れる場合等の処理	
第10章 累犯	28
第56条 再犯	
第57条 再犯加重	
第59条 3犯以上の累犯	
第11章 共犯	29
第60条 共同正犯	
第61条 教唆	
第62条 幫助	
第63条 従犯減輕	
第64条 教唆及び幫助の処罰の制限	
第65条 身分犯の共犯	
第12章 酌量減輕	33
第66条 酌量減輕	

第67条 法律上の加減と酌量減輕

第13章 加重減輕の方法 33

第68条 法律上の減輕の方法

第69条 法律上の減輕と刑の選択

第70条 端数の切捨て

第71条 酌量減輕の方法

第72条 加重減輕の順序

第2編 罪 35

第1章 削除

第2章 内乱に関する罪 36

第77条 内乱

第78条 予備及び陰謀

第79条 内乱等幫助

第80条 自首による刑の免除

第3章 外患に関する罪 36

第81条 外患誘致

第82条 外患援助

第87条 未遂罪

第88条 予備及び陰謀

第4章 国交に関する罪 37

第92条 外国国章損壞等

第93条 私戦予備及び陰謀

第94条 中立命令違反

第5章 公務の執行を妨害する罪 38

第95条 公務執行妨害及び職務強要

第96条 封印等破棄

第96条の2 強制執行妨害目的財産損壞等

第96条の3 強制執行行為妨害等

第96条の4 強制執行関係売却妨害

第96条の5 加重封印等破棄等

第96条の6 公契約関係競売等妨害

第6章 逃走の罪 42

第97条 逃走

第98条 加重逃走

第99条 被拘禁者奪取

第100条 逃走援助

第101条 看守者等による逃走援助

第102条 未遂罪

第7章 犯人藏匿及び証人隠滅の罪 44

第103条 犯人藏匿等

第104条 証人隠滅等

第105条 親族による犯罪に関する特例

第105条の2 証人等威迫

第8章 騒乱の罪 46

第106条 騒乱

第107条 多衆不解散

第9章 放火及び失火の罪 47

第108条 現住建造物等放火

第109条 非現住建造物等放火

第110条 建造物等以外放火

第111条 延焼

第112条 未遂罪

第113条 予備

第114条 消火妨害

第115条 差押え等に係る自己の物に関する特例

第116条 失火

第117条 激発物破裂

第117条の2 業務上失火等

第118条 ガス漏出等及び河致死傷

第10章 出水及び水利に関する罪 51

第119条 現住建造物等浸害

第120条 非現住建造物等浸害

第121条 水防妨害

第122条 過失建造物等浸害

第123条 水利妨害及び出水危険

第11章 往來を妨害する罪 52

第124条 往來妨害及び河致死傷

第125条 往來危険

第126条 汽車転覆等及び河致死

第127条 往來危険による汽車転覆等

第128条 未遂罪

第129条 過失往來危険

第12章 住居を侵す罪 54

第130条 住居侵入等

第132条 未遂罪

第13章 秘密を侵す罪 56

第133条 信書開封

第134条 秘密漏示

第135条 親告罪

第14章 あへん煙に関する罪 57

第136条 あへん煙輸入等

第137条 あへん煙吸食器具輸入等

第138条 税関職員によるあへん煙輸入等

第139条 あへん煙吸食及び場所提供

第140条 あへん煙等所持

第141条 未遂罪

第15章 飲料水に関する罪 57

第142条 浄水汚染

第143条	水道汚染
第144条	浄水毒物等混入
第145条	浄水汚染等致死傷
第146条	水道毒物等混入及び同致死
第147条	水道損壊及び閉塞
第16章	通貨偽造の罪 58
第148条	通貨偽造及び行使等
第149条	外国通貨偽造及び行使等
第150条	偽造通貨等取得
第151条	未遂罪
第152条	取得後知情行使等
第153条	通貨偽造等準備
第17章	文書偽造の罪 60
第154条	詔書偽造等
第155条	公文書偽造等
第156条	虚偽公文書作成等
第157条	公正証書原本不実記載等
第158条	偽造公文書行使等
第159条	私文書偽造等
第160条	虚偽診断書等作成
第161条	偽造私文書等行使
第161条の2	電磁的記録不正作出及び供用
第18章	有価証券偽造の罪 65
第162条	有価証券偽造等
第163条	偽造有価証券行使等
第18章の2	支払用カード電磁的記録に関する罪 . 66
第163条の2	支払用カード電磁的記録不正作出等
第163条の3	不正電磁的記録カード所持
第163条の4	支払用カード電磁的記録不正作出準備
第163条の5	未遂罪
第19章	印章偽造の罪 67
第164条	御璽偽造及び不正使用等
第165条	公印偽造及び不正使用等
第166条	公記号偽造及び不正使用等
第167条	私印偽造及び不正使用等
第168条	未遂罪
第19章の2	不正指令電磁的記録に関する罪 . 68
第168条の2	不正指令電磁的記録作成等
第168条の3	不正指令電磁的記録取得等
第20章	偽証の罪 68
第169条	偽証
第170条	自白による刑の減免
第171条	虚偽鑑定等
第21章	虚偽告訴の罪 69

第172条	虚偽告訴等
第173条	自白による刑の減免
第22章	わいせつ、姦淫及び重婚の罪 . . 70
第174条	公然わいせつ
第175条	わいせつ物頒布等
第176条	強制わいせつ
第177条	強姦
第178条	準強制わいせつ及び準強姦
第178条の2	集団強姦等
第179条	未遂罪
第180条	親告罪
第181条	強制わいせつ等致死傷
第182条	淫行勧誘
第184条	重婚
第23章	賭博及び富くじに関する罪 . . 74
第185条	賭博
第186条	常習賭博及び賭博場開張等凶利
第187条	富くじ発売等
第24章	礼拝所及び墳墓に関する罪 . . 75
第188条	礼拝所不敬及び宗教等妨害
第189条	墳墓発掘
第190条	死体損壊等
第191条	墳墓発掘死体損壊等
第192条	変死者密葬
第25章	汚職の罪 76
第193条	公務員職務濫用
第194条	特別公務員職務濫用
第195条	特別公務員暴行陵虐
第196条	特別公務員職務濫用等致死傷
第197条	収賄、受託収賄及び事前収賄
第197条の2	第三者供賄
第197条の3	加重収賄及び事後収賄
第197条の4	あつせん収賄
第197条の5	没収及び追徴
第198条	贈賄
第26章	殺人の罪 81
第199条	殺人
第201条	予備
第202条	自殺関与及び同意殺人
第203条	未遂罪
第27章	傷害の罪 82
第204条	傷害
第205条	傷害致死
第206条	現場助勢

第207条	同時傷害の特例
第208条	暴行
第208条の2	危険運転致死傷
第208条の3	凶器準備集合及び結集
第28章	過失傷害の罪 85
第209条	過失傷害
第210条	過失致死
第211条	業務上過失致死傷等
第29章	堕胎の罪 86
第212条	堕胎
第213条	同意堕胎及び同致死傷
第214条	業務上堕胎及び同致死傷
第215条	不同意堕胎
第216条	不同意堕胎致死傷
第30章	遺棄の罪 87
第217条	遺棄
第218条	保護責任者遺棄等
第219条	遺棄等致死傷
第31章	逮捕及び監禁の罪 88
第220条	逮捕及び監禁
第221条	逮捕等致死傷
第32章	脅迫の罪 89
第222条	脅迫
第223条	強要
第33章	略取、誘拐及び人身売買の罪 . . . 90
第224条	未成年者略取及び誘拐
第225条	営利目的等略取及び誘拐
第225条の2	身の代金目的略取等
第226条	所在国外移送目的略取及び誘拐
第226条の2	人身売買
第226条の3	被略取者等所在国外移送
第227条	被略取者引渡し等
第228条	未遂罪
第228条の2	解放による刑の減輕
第228条の3	身の代金目的略取等予備
第229条	親告罪
第34章	名誉に対する罪 93
第230条	名誉毀損
第230条の2	公共の利害に関する場合の特例
第231条	侮辱
第232条	親告罪
第35章	信用及び業務に対する罪 95
第233条	信用毀損及び業務妨害
第234条	威力業務妨害

第234条の2	電子計算機損壊等業務妨害
第36章	窃盗及びひろ盗の罪 98
第235条	窃盗
第235条の2	不動産侵奪
第236条	強盗
第237条	強盗予備
第238条	事後強盗
第239条	昏酔強盗
第240条	強盗致死傷
第241条	強盗強姦及び同致死
第242条	他人の占有等に係る自己の財物
第243条	未遂罪
第244条	親族間の犯罪に関する特例
第245条	電気
第37章	詐欺及びひそ喝の罪 104
第246条	詐欺
第246条の2	電子計算機使用詐欺
第247条	背任
第248条	準詐欺
第249条	恐喝
第250条	未遂罪
第251条	準用
第38章	横領の罪 111
第252条	横領
第253条	業務上横領
第254条	遺失物等横領
第255条	準用
第39章	盗品等に関する罪 114
第256条	盗品譲受け等
第257条	親族等間の犯罪に関する特例
第40章	毀棄及び隠匿の罪 116
第258条	公用文書等毀棄
第259条	私用文書等毀棄
第260条	建造物等損壊及び同致死傷
第261条	器物損壊等
第262条	自己の物の損壊等
第262条の2	境界損壊
第263条	信書隠匿
第264条	親告罪

【 行 為 論 】

行為 : 人の身体の動静 ← 意思決定に基づく
客観 と 主観 の 統合体

↓ ↓
時間・場所、態様、意思等の事情から、行為（の一連性、作為か不作為か等）を捉える

※早すぎた構成要件の実現

＝行為者は第2行為により結果を発生させようとしたが、第1行為によって結果が発生 →最決平16.3.22

（事案） Xらは、保険金殺人の準備行為としてVにクロロホルムを吸引させ（第1行為）失神させた後、Vを自動車に乗せて海に転落させ（第2行為）、死亡させたが、Yは既に第1行為の段階で死亡していた可能性があった。

（判旨） ①第1行為は第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、②第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、③第1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められる。

→その時点で殺人罪の実行の着手があった

→一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、Xらの認識と異なり、第2行為の前の時点でVが第1行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはない

⇒Xらには殺人罪の共同正犯が成立する。

【 構成要件総論 】

第1 実行行為 →これに着手 = 「犯罪の実行に着手」(43条本文)

1 一般的定義

(1) 法益侵害の現実的危険ある行為

↑ 法的構成した犯罪の保護法益をおさえておいてあてはめる必要

(2) 構成要件の結果発生現実的危険ある行為

↑ 結果が構成要件要素にない挙動犯では使えないが、抽象的危険犯(108条～等)では法益侵害の抽象的危険発生で足りることとの整合性がとりやすい

※危険を具体的に捉えておくと、実行行為の危険が結果に現実化したか(後記第3の2(1))を検討しやすい。

2 不能犯 : 上記1の“現実的危険”があるかどうか微妙な事案で検討する。

(1) 客観的危険説 : 行為時に存在した全事情を基礎として、社会通念に照らして判断

∴ 実行行為 = 社会通念上の犯罪類型たる構成要件の客観的要素

(2) 具体的危険説 : 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(客観的)事情を基礎として、社会通念に照らして判断

∴ 実行行為 = 社会通念上の違法有責類型たる構成要件の要素

3 間接正犯

- (1) 要素 : $\left\{ \begin{array}{l} \text{①被利用者に規範的障害がなかったといえるか} \\ \text{②利用者が被利用者を一方的に支配利用していたといえるか} \end{array} \right.$
を総合考慮する。

(2) 効果 : 被利用者の行為を利用行為の延長と評価できる。

→延長された行為について、実行行為性も含め、犯罪の成否を検討する。

※実行着手時期

- ・利用者標準説 : 実行行為=利用行為 ∴ 規範的障害ない被利用者は道具にすぎない
→その後は因果関係の領域
⇔実行着手時期が早すぎる
- ・被利用者標準説 : (未遂行為としての) 実行行為=被利用行為

4 不作為犯

(1) 種類

ア 真正不作為犯 : 不作為形式の構成要件(107条、130条、218条後段) →不作為 = 実行行為

イ 不真正不作為犯 : 作為形式の構成要件を不作為で実現→不作為は実行行為といえるか? →(2)

→両者の違いは、刑罰法規が構成要件要素として明文で不作為を規定しているか否かにある

※不作為 = “一定の作為をしないこと”

ex. 他人の住居内で居住者から退去要求を受けた場合になすべき“一定の作為”が“住居から退去すること”だとすると、その住居内に居座ることもその住居内で財物を窃取することも不作為である。

(2) 不真正不作為犯の実行行為性が認められる要件

ア 作為義務違反 ∴ 作為と同視できる不作為に処罰範囲限定

(ア) “作為” → 具体的事情から、すべきだった作為を設定

(イ) “義務” → 上記(ア)の作為をすべき義務の根拠をできる限り多く挙げる

⇒ 法令（民法752条、820条、877条）、契約、事務管理

⇒ 条理・慣習（先行行為、事実上の引受、排他的支配）

(ウ) “違反” → 実質的に、作為との（構成要件的）同価値性 = 上記IIに当たるかも検討

イ 作為可能性・容易性 ∴ 不可能を強いない不作為に処罰範囲限定

※ 作為との（構成要件的）同価値性を独立の要件とする場合は、上記アとのあてはめ分けに注意。

※ 処罰範囲限定のため、既発の危険を利用する意思を要求した判例（大判大7. 12. 18）あり。

5 過失犯 → 38条1項但書 ※（構成要件的）過失＝注意義務違反（≡上記4(2)ア）＝実行行為@新過失論

第2 結果

：法益侵害

1 これが欠けると「犯罪…を遂げなかった」（43条本文）に当たる。

2 具体的に捉えておくと、実行行為の危険が結果に現実化したか（下記第3の2(1)）の検討容易。

第3 因果関係

：これが欠けても「犯罪…を遂げなかった」（43条本文）に当たる

：結果が生じていても、それは実行行為を完「遂」したものではない

1 条件関係

(1) 公式： “その（実行）行為なければその結果なし” ※具体的に検討する

(2) 問題点

ア 仮定的因果関係 ⇔ 条件関係は現実的に判断すべき、仮定を加えてはならない

※ 不作為の条件関係： “その不作為なければその結果なし” ⇔ 他の不作為が無限にあり判断不能

⇒ “期待された作為があればその結果なし”

= 仮定 → 加えざるを得ない

イ 択一的競合 = 競合行為が単独でも同じ結果が生じた場合

⇒ 公式を修正し、“競合する全行為なければその結果なし”

：社会通念、重疊的因果関係では条件関係が認められることとの均衡

= 2つ以上の行為が重疊して初めて結果を生じた場合

※ 因果(条件)関係の断絶 = 条件関係を否定 ≠ 相当因果関係を否定 = 因果関係の中断

2 相当因果関係

- (1) 客観的帰属論 : (実行) 行為の危険が結果に現実化した場合に相当因果関係を認める

(∵相当因果関係＝行為者の行為に結果を帰責させることが相当かどうかの問題)

※考慮要素 : ①実行行為自体の危険性 (大なら相当因果関係肯定方向)、
②介在事情の異常性、
③介在事情の結果への寄与度 (大なら相当因果関係否定方向)

- (2) 折衷的相当因果関係説

＝行為時に一般人が認識・予見し得た事情及び行為者が特に認識・予見していた事情を基礎として、

その行為からその結果が生じたことが社会通念上相当といえる場合に、

相当因果関係を認める

∵因果関係 ＝社会通念上の違法有責類型たる構成要件の要素

第4 (構成要件的) 故意 : 「罪を犯す意思」→38条

第5 その他

○主体、客体、目的 →刑法各則(第2編)の各犯罪ごとにおさえる。

∵第1～4はあくまで構成要件の基本型(ex. 199条、204条)にすぎず、その他の構成要件要素を含むもの、結果・因果関係が不要なもの、実行行為・結果・因果関係が錯綜しているものもある。

※結果的加重犯の本質 ＝加重結果発生の高度な類型的危険を含む基本犯の実行行為を強く禁圧する

→結果的加重犯の構成要件は基本犯 + 加重結果 + 因果関係で足り、加重結果についての過失は不要

第7章 犯罪の不成立及び刑の減免

第35条 (正当行為) □ □ □

法令又は正当な業務による行為は、罰しない。

1 効果 違法性阻却 ⇒ 違法性の本質 (=社会的相当性を欠く法益侵害行為) から解釈

2 要件

(1) 前段 「法令…による行為」 □ 刑法、民法822条、母体保護法による人工妊娠中絶、競馬

(2) 後段 「正当な業務による行為」 □ 治療行為、格闘技

= 社会生活上の地位に基づき反復継続されるもの

※本質は「正当」「行為」にあり、「業務」には特別の意味はないが、明文で「業務」とある以上、「正当」「行為」に全ての違法性阻却事由を取り込むのも無理がある ⇒ 超法規的違法性阻却事由

超法規的 (= 明文ない) 違法性阻却事由

≠ 罪刑法定主義違反 ∵ 同主義の目的たる自由保障機能を拡充

1 被害者の (推定的) 同意

(1) 効果

ア なし ex. 176・177条後段、国家的・社会的法益に対する罪

イ 構成要件の変更 ex. 202条、213条前段

ウ 構成要件該当性阻却 ex. 130条、176・177条前段、233条前段、235条、252条、261条

エ 違法性阻却 ex. 204条、208条、220条

(2) 上記(1)エの要件 : 社会的相当性 ∵ 違法性の本質 = 社会的相当性を欠く法益侵害行為

※承諾の存在だけでなく、その承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度等を総合考慮 (最判昭55. 11. 13)

2 自救行為 : 法益を侵害された者が自力救済 → 違法性阻却されうる □ 被害直後その場で盗品取り返し

= 過去 ≠ 「急迫」 (36条1項)

∵ 現実には、国家による救済を求め得ない緊急事態は生じうる、「財物…取り返し」 (238条)

→ 要件 ① 国家による救済を求め得ない緊急事態における「不正の侵害に対して」 □ 36条1項

② 「自己」「の権利を」救済するため □ 36条1項

③ 「やむを得ずにした行為」 (37条1項本文) □ 補充性、相当性

④ 法益権衡 (37条1項本文)

3 許された危険の法理 : 法益侵害の危険ある行為でも、社会的相当性があれば許される ⇒ 違法性阻却→ 違法性の本質 = 社会的相当性を欠く法益侵害行為

4 危険の引受け : 法益侵害結果に同意していない被害者が、行為の危険を引受けて法益侵害結果発生

→ 社会的相当性 (行為時に①結果発生危険小②被害者が危険を支配・認識等) あれば違法性阻却

5 義務の衝突 : 法律上の義務が衝突する場合、より高度の義務を尽くす → 違法性阻却

□ 解釈・条理・慣習

第36条（正当防衛） □ □ □

急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない。

2 防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。

第1項（正当防衛）

- 1 効果 「罰しない」＝違法性阻却 ∴違法性の本質（＝社会的相当性を欠く法益侵害行為）が欠ける
∴不正な侵害者の法益は要保護性なし・小 ⇔法益侵害
∴自己保存本能、法・社会秩序の侵害への反撃を認めて法・社会秩序の存在を確証⇔社会的相当性を欠く

2 要件

(1) 「急迫不正の侵害に対して」

- ア 「急迫」 ＝法益侵害の直前・進行中 ＝「現在」(37条1項本文)
＝国家による保護を受ける余裕ない緊急事態 →例外的に自力救済を認める
(≠侵害前に積極的加害意思あり(判例) ∴侵害が「急」に「迫」ってくるとの評価困難)
- イ 「不正」 ＝違法 ≠動物の侵害(対物防衛) ∴法は人間共同体の規範
- ウ 「侵害」 □危険
≠社会的相当性を欠く自招侵害 ∴違法性の本質 ＝社会的相当性を欠く法益侵害
- エ 「に対して」 ※不正の「侵害」をしていない第三者「に対して」防衛行為の結果が生じた場合
→正当防衛行為の延長上の結果と評価できれば、正当防衛成立(正当防衛説)
∴違法性の本質 ＝社会的相当性を欠く法益侵害行為
→緊急避難説(通説的) ⇒37条1項 ※補充性の充足が難しい
→誤想防衛説(大阪高判平14.9.4) ⇒38条1項 ∴1(2)イ(ア) i

(2) 「自己又は他人の権利を防衛するため」

- ア 「他人」 □法人、団体
＋国家等@国家による保護を期待し得ない極めて緊迫事態→国家・社会的法益の保護必要
- イ 「権利」 □正当な利益(法益)※国家的、国民的、公共的利益も該当しうる。
- ウ 「防衛するため」
□防衛の意思≧①急迫不正の侵害を認識しつつ②これを避けようとする心理状態 ∴「急迫」状態
∴違法性の本質＝社会的相当性を欠く法益侵害行為 □攻撃して避けよう →攻撃意思との併存可
→主観と客観の統合体たる行為の社会的相当性判断には、行為者の主観を考慮する必要
→偶然防衛 ∴①×(→当然②も×)
※結果(法益侵害)は正当化されるか行為無価値(社会的相当性を欠く行為)は残るため未遂犯とする説もあるが、結果を含めた構成要件該当事実の全体が違法性阻却されるかを検討すべき。
→侵害後の積極的加害意思(判例) ∴①○②×

(3) 「やむを得ずにした行為」 <「やむを得ずにした行為」(37条1項本文)

- ＝必要かつ相当な ∴緊急避難と異なり、「不正」の侵害に対する「正」当防衛 →要件緩和
→武器対等など「行為」に関する全事情を考慮
→結果自体は考慮対象とならない≠法益衡衝(37条1項本文)

第2項 (過剰防衛)

- 1 効果 情状により刑の任意的減免
- 2 要件 「防衛の程度を超えた行為」＝「やむを得ずにした行為」(1項:2(3))のみ満たさない場合
- 3 趣旨 (法的性格)
 - (1) 違法減少 ∵「急迫不正の侵害」あり →1項:1
 - (2) 責任減少 ∵「急迫」状態 →「防衛の程度を超えた行為」を強く非難できない

第37条 (緊急避難) □ □ □

自己または他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り、罰しない。ただし、その程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。

- 2 前項の規定は、業務上特別の義務がある者には、適用しない。

第1項**1 本文 (緊急避難)**

- (1) 効果 「罰しない」＝違法性阻却 ∵違法性の本質(＝社会的相当性を欠く法益侵害行為)が欠ける
 ∵優越的・同価値の法益保護のための法益侵害(後記2)ウ)は許される・放任されるべき ⇨法益侵害
 ∵避難の意思(下記2)イ(ウ))で「やむを得ずにした行為」(後記2)イ) ⇨社会的相当性を欠く
 ※これは、37条が36条(争いなく違法性阻却事由)と38条(争いなく責任阻却事由)の中間に位置することから生じる解釈問題。

(2) 要件

ア 「自己または他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため」

(ア) 「自己または他人の生命、身体、自由又は財産」＝「自己又は他人の権利」(36条1項)

＝例示

(イ) 「現在の危難」＝「急迫」の「侵害」(36条1項)

(ウ) 「避けるため」＝「防衛するため」(36条1項)

⇨避難の意思 ≥ ①上記(イ)を認識しつつ②これを避けようとする心理状態 ⇨ 防衛の意思

イ 「やむを得ずにした行為」

(ア) 唯一の行為(補充性) ∵緊急避難(正) vs 「危難」(正) ≠ 「正」当防衛 vs 「不正」侵害

※過失犯(38条1項但書)の構成要件段階で他の方法によれば結果回避可能性あり(新過失論)

＝抽象的類型的判断 →違法性段階の具体的実質的判断として補充性を肯定することは可能。

((イ) 相当性 ※社会的相当性が否定されそうな場合にのみ検討すればよい)

ウ 「これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合」(法益権衡)

2 但書 (過剰避難)

- (1) 効果 : 情状により刑の任意的減免
- (2) 要件 : 「その程度を超えた行為」
 ＝補充性(本文:1(2)イ(ア))か法益権衡(同ウ)のみ満たさない場合
 →欠いても違法減少(下記3)あり ≠ (社会的)相当性を欠くと違法減少なし

(3) 趣旨 (法的性格) ≡36条2項:3

第2項 (業務上特別義務者)

- 1 趣旨 自己の危難において他人の法益の犠牲の下で自己の法益を守るのは「特別の義務」違反
- 2 要件 「業務上」危険に身をさらす「特別の義務がある者」 □自衛隊員、警察官、消防署員
- 3 効果 37条1項を適用しない

第38条 (故意) □ □ □

罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない。

- 2 重い罪に当たるべき行為をしたのに、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、その重い罪によって処断することはできない。
- 3 法律を知らなかったとしても、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、情状により、その刑を減輕することができる。

第1項

1 本文 (故意犯処罰の原則)

(1) 「罪を犯す意思」 (故意)

ア 位置づけ

- (ア) 構成要件の故意 ≡構成要件該当事実の認識・認容 →犯罪個別化機能
- (イ) 責任故意 →個別具体的に行為者を非難できるか

イ 亜種

- (ア) 未必の故意 : 結果発生するかもしれないことを認識しつつ、それでも構わないと認容した場合
- (イ) 条件付故意 : 犯罪実行に条件を付けた場合

ウ 故意責任の本質 : 規範に直面したのにあえて行為をしたことに対する非難

(2) 錯誤 : 主観と客観の不一致

ア 構成要件の故意に位置づけられる錯誤

(ア) 総論 : 故意責任の本質 (上記(1)ウ)

→規範は構成要件として与えられている

→構成要件の範囲内で主観と客観が符合すれば、故意が認められる

(イ) 具体的事実の錯誤 (同一構成要件内の錯誤) ⇒上記 (ア) のとおり

※併発的事実の錯誤→上記 (ア) +抽象化され個性なき故意の個数は問題とならない⇒複数の故意

※因果関係の錯誤

→上記 (ア) ⇒あてはめ (客観的・主観的因果経過いずれも相当因果関係ありなら符合)

⇒客観的な相当因果関係の判断と同じなので検討不要

(ウ) 抽象的事実の錯誤 (異なる構成要件間の錯誤)

→上記 (ア) ⇒保護法益・行為態様に実質的な重なり合い ≡符合 ∴構成要件は法益侵害行為の類型

※間接正犯と教唆犯の錯誤 →軽い教唆犯の限度で故意が認められる

∴他人を介して法益侵害という点で実質的に重なり合う

(エ) 規範的(法的評価を要する)構成要件要素の錯誤(作為義務の錯誤)

→故意責任の本質(上記(1)ウ) + 構成要件は社会通念上の犯罪類型

⇒一般人に理解されている意味の認識あれば、規範に直面したといえ、故意あり

イ 責任故意に位置づけられる錯誤

(ア) 違法性に関する事実の錯誤

i 誤想防衛・避難 = 36条1項・37条1項本文のうち「急迫不正の侵害」「現在の危険」のみ×

→故意責任の本質(上記(1)ウ)

→違法性阻却事由があるものとして行為 ≠ 規範に直面

⇒責任故意阻却

ii 誤想過剰防衛 = 36条1項のうち、「急迫不正の侵害」と相当性のみ×

誤想過剰避難 = 37条1項本文のうち、「現在の危険」と、補充性が法益権衡のみ×

→故意責任の本質(上記(1)ウ)

→過剰の認識ある場合は規範に直面したといえる ⇒責任故意あり

→過剰の認識ない場合は規範に直面したとはいえない ⇒責任故意なし

※過剰防衛(36条2項)・過剰避難(37条1項但書)の準用

→「急迫不正の侵害」「現在の危険」がない以上、違法減少なし ⇒刑の免除は×

→主観的には「急迫」状態なので責任減少はある ⇒刑の減輕の余地あり

(イ) 法律(違法性)の錯誤 →第3

2 但書 : 「法律に特別の規定」 = 過失犯

(1) 過失犯の本質

ア 構成要件の過失 = 客観的注意義務(①客観的結果予見義務+②客観的結果回避義務)違反

∴①に違反しても社会的に相当で構成要件に該当しない行為あり

→前提として、③客観的結果予見可能性 + ④客観的結果回避可能性 ∴“法は不可能を強いない”

→結果と因果関係の基本的部分 ∴②④の結果回避措置を特定するため

⇔信頼の原則 = 他者が適切な行動をとることを信頼するのが社会的に相当といえる場合 ⇒注意義務×

(イ 責任過失 = 主観的注意義務違反)

※責任故意が阻却された後、責任過失のみ満たせば過失犯が成立すると考える場合しか使わない。

(2) 亜種

ア 認識ある過失 : 構成要件該当事実の認識はあるが認容がない場合の過失

イ 業務上の過失 : 社会生活上の地位に基づき反復継続して行われる事務についての過失

→特に重い注意義務

ウ 重大な過失 : 注意義務違反の程度が著しい場合 = 些細な注意を怠った場合

エ 監督過失

(ア) 監督過失(狭義) : 構成要件の結果を惹起させた直接行為者について、これを監督すべき立場にある監督者の過失

(イ) 管理過失 : 物的・人的設備、機構及び人的体制等の管理に関する管理者の過失

第2項 = 抽象的事実の錯誤(1項:1(2)ア(ウ))の処理の一場面

第3項：法律（違法性）の錯誤＝法の不知、あてはめの錯誤

1 違法性の意識不要説（判例）⇒責任故意阻却しない

∵法の不知は許さず、通常人なら犯罪事実を認識すれば違法性の意識あり

2 厳格・制限故意説⇒違法性の意識（の可能性）なければ責任故意阻却⇒過失犯成立の余地あり

3 厳格・制限責任説⇒違法性の意識（の可能性）なければ責任阻却⇒過失犯成立の余地なし

※厳格故意説（違法性の意識なければ責任故意阻却）→「法律を知らなかった」（本文）は文字どおり。

それ以外の説→「法律を知らなかった」（本文）＝文字どおり＋違法性の意識がなかった

第39条（心神喪失及び心神耗弱） □ □ □

心神喪失者の行為は、罰しない。

2 心神耗弱者の行為は、その刑を減輕する。

第1項

1 効果 「罰しない」＝責任阻却

2 要件 「心神喪失者の行為」

＝①精神の障害により（生物学的要素） ※一時的な精神の障害も含まれる

②行為の是非を弁識する能力又はその弁識に従って行動する能力のない者（心理学的要素）
（責任無能力者）

第2項

1 効果 刑の必要的減輕

2 要件 「心神耗弱者の行為」

＝①+②の能力の著しく低い者（限定責任能力者）

※「心神喪失」「心神耗弱」＝法律上の概念・判断 →最終的には裁判所の判断による。

※「生物学的要素である精神障害の有無及び程度並びにこれが心理学的要素に与えた影響の有無及び程度については、その診断が臨床精神医学の本分であることにかんがみれば、専門家たる精神医学者の意見が鑑定等として証拠となっている場合には、鑑定人の公正さや能力に疑いが生じたり、鑑定の前提条件に問題があったりするなど、これを採用し得ない合理的な事情が認められるのでない限り、その意見を十分に尊重して認定すべき」（最判平20.4.25）

※原因において自由な行為：自らを責任無能力・限定責任能力の状態に陥れ、その状態で犯罪を実現した場合

→国民の法感情から、完全責任能力があるとして39条の適用排除

∵責任の本質＝適法行為が期待できたのに違法行為を選択する意思決定した行為者に対する法的非難可能性

□責任能力の本質＝完全責任能力ある意思決定に基づいて犯罪を実現した行為者に対する法的非難可能性

→行為者が、完全責任能力ある時点での意思決定に基づいて犯罪を実現したといえるなら、39条適用排除

cf. 間接正犯類似説：自己の責任無能力状態を道具として利用して犯罪を実現したものとする

→“責任”能力ある時点での原因行為（利用行為）＝実行「行為」

第40条 削除

第41条 (責任年齢) □ □ □

14歳に満たない者の行為は、罰しない。

趣旨 精神の成長は連続的 → 刑事政策的観点から画一的基準を設けないと責任能力の判断は困難

※少年法

- ・ 14歳以上の者であっても、20歳未満の者は「少年」とされる (少年法2条1項)。
- ・ その者の行為は家庭裁判所で扱われ、刑罰は科されない。
- ・ 死刑・懲役・禁錮に当たる犯罪行為で家庭裁判所が刑事事件相当と認めた場合、検察官に送致 (逆送)。
- ・ 少年の刑事被告事件で、長期3年以上の有期懲役・禁錮をもって処断すべきときは、その刑の範囲内において、長期と短期を定めてこれを言い渡す (少年法52条1項；不定期刑)。

※超法規的責任阻却事由

→ 期待可能性 = 行為者に適法行為を期待できたこと @ 行為者標準

∴ 責任の本質 = 適法行為が期待できたのに違法行為を選択する意思決定した 行為者 への法的非難可能性

第42条 (自首等) □ □ □

罪を犯した者が捜査機関に発覚する前に自首したときは、その刑を減輕することができる。

- 2 告訴がなければ公訴を提起することができない罪について、告訴をすることができる者に対して自己の犯罪事実を告げ、その措置にゆだねたときも、前項と同様とする。

- ・ 「自首」 (1項) = 「捜査機関に」犯罪事実又は犯人は誰であるかが「発覚する前に」、捜査機関に対し、自己の犯罪事実を申告し、その処罰を求める意思を表示 → いかなる罪に該当するかの認識は不要
- ・ “首服” (2項)

第8章 未遂罪

第43条 (未遂減免) □ □ □

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。ただし、自己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。

第1 本文 (未遂犯)

- 1 趣旨 (処罰根拠) 法益侵害の現実的危険から法益を保護する

2 要件

- (1) 「犯罪の実行に着手して」 → 35条直前: 第1

- ※ 「予備」 = 実行の着手に至らないが、犯罪の実行を目的として犯罪の完遂に役立つ行為
 つ他人の犯罪の実行を目的として、その犯罪の完遂に役立つ他人予備
 → 他人の予備罪に対する教唆・幫助も単なる (自己) 予備罪となる

※ 新派 : 主観的な危険 (犯罪的意思) が外部に現れれば未遂処罰可 (主観的未遂論)

∴19世紀末、貧富の格差拡大等で激増していた犯罪に対する社会防衛

(2) 「これを遂げなかった」 →構成要件総論第2・3

※結果的加重犯（205条等）：加重結果不発生 →基本犯のみ成立

3 効果：「その刑を減輕することができる」＝任意的減輕 ∴法益侵害なし →違法性小

第2 但書（中止犯）

1 本質（法的性格） 自発的意思により犯罪を中止することで責任が減少する（責任減少説）

cf. 違法減少説：法益侵害を減少させる中止行為により未遂の違法性が減少する

⇨「自己の意思により」要件、共犯における一身専属的效果（下記3）

政策説：「後戻りのための黄金の橋」 ⇨知らなきゃ意味なし

2 要件

(1) 「自己の意思により」＝（外部的障害なしに）自発的意思により

(2) 「犯罪を中止した」

ア 実行行為終了前：以後の実行行為を放棄すれば責任減少に値する

イ 実行行為終了後：結果発生を防止する真摯な努力までしなければ責任減少に値しない

∴そのままでは法益侵害の現実的危険がある

※中止行為と結果不発生との間の因果関係 ⇒不要 ∴(1)(2)で既に責任減少

3 効果 「その刑を減輕し、又は免除する」＝必要的減免

→共犯でも一身専属的效果 ∴前記1

※予備罪に中止犯の規定は準用されない（最大判昭29.1.20）

∴予備の定義（第1の2(1)）、予備行為があれば直ちに既遂 ⇨43条

⇨準用説 ∴「実行着手後中止は免除可」>「実行着手前中止は免除不可」

∴予備は基本的構成要件への発展過程 →中止を観念できる

∴前記1 →実行着手前後で区別する理由なし

→予備罪は、もともと基本犯を法定減輕

→法律上の減輕を1回だけとする68条の趣旨から、「免除」のみ準用

第44条（未遂罪） □ □ □

未遂を罰する場合は、各本条で定める。

※未遂罪がある犯罪（重大犯罪のみ）は、刑法各則で定める →「第2編 罪」の各章の末尾に着目。

第9章 併合罪

第45条（併合罪） □ □ □

確定裁判を経ていない二個以上の罪を併合罪とする。ある罪について禁錮以上の刑に処する確定裁判があったときは、その罪とその裁判が確定する前に犯した罪とに限り、併合罪とする。

(ex) ある者が2012年1月に窃盗罪、2月に傷害罪、12月に強盗殺人罪を犯し、いずれも確定裁判を経ていない場合、この3つの犯罪が併合罪となる（前段）が、同年8月に傷害罪について懲役に処する確定裁判があった場合、窃盗罪と傷害罪のみが併合罪となる（後段）。

第46条（併科の制限） □ □ □

併合罪のうちの一個の罪について死刑に処するときは、他の刑を科さない。ただし、没収は、この限りでない。

- 2 併合罪のうちの一個の罪について無期の懲役又は禁錮に処するときも、他の刑を科さない。ただし、罰金、科料及び没収は、この限りでない。

第47条（有期の懲役及び禁錮の加重） □ □ □

併合罪のうちの二個以上の罪について有期の懲役又は禁錮に処するときは、その最も重い罪について定めた刑の長期にその二分の一を加えたものを長期とする。ただし、それぞれの罪について定めた刑の長期の合計を超えることはできない。

第48条（罰金の併科等） □ □ □

罰金と他の刑とは、併科する。ただし、第四十六条第一項の場合は、この限りでない。

- 2 併合罪のうちの二個以上の罪について罰金に処するときは、それぞれの罪について定めた罰金の多額の合計以下で処断する。

第49条（没収の付加） □ □ □

併合罪のうちの重い罪について没収を科さない場合であっても、他の罪について没収の事由があるときは、これを付加することができる。

- 2 二個以上の没収は、併科する。

※本条は、当然のことを注意的に規定したものと解されている。

第50条（余罪の処理） □ □ □

併合罪のうちに既に確定裁判を経た罪とまだ確定裁判を経ていない罪とがあるときは、確定裁判を経ていない罪について更に処断する。

(ex) (45条の例を前提) 傷害罪と併合罪関係に立たない強盗殺人罪について別途処断されるのは当然だが、併合罪関係に立つ窃盗罪についても、本条で「更に処断」されることになる。

なお、「更に処断」する場合の処断の基準については特に規定がないが、一般的には、同時に裁判した場合と同じ結果に

なるように考慮することが望ましいとされている。上の例でいうと、傷害罪の法定刑の長期である15年の1.5倍は22年6月なので、窃盗罪について有期懲役とする場合には、7年6月を超えないようにすべき、ということになる。

第51条（併合罪に係る二個以上の刑の執行） □ □ □

併合罪について二個以上の裁判があったときは、その刑を併せて執行する。ただし、死刑を執行すべきときは、没収を除き、他の刑を執行せず、無期の懲役又は禁錮を執行すべきときは、罰金、科料及び没収を除き、他の刑を執行しない。

- 2 前項の場合における有期の懲役又は禁錮の執行は、その最も重い罪について定めた刑の長期にその二分の一を加えたものを超えることができない。

第52条（一部に大赦があった場合の措置） □ □ □

併合罪について処断された者がその一部の罪につき大赦を受けたときは、他の罪について改めて刑を定める。

第53条（拘留及び科料の併科） □ □ □

拘留又は科料と他の刑とは、併科する。ただし、第四十六条の場合は、この限りでない。

- 2 二個以上の拘留又は科料は、併科する。

趣旨 拘留・科料は軽微な刑であり、併科しなければ実効を上げにくく、また、併科しても酷でない。

第54条（一個の行為が二個以上の罪名に触れる場合等の処理） □ □ □

一個の行為が二個以上の罪名に触れ、又は犯罪の手段若しくは結果である行為が他の罪名に触れるときは、その最も重い刑により処断する。

- 2 第四十九条第二項の規定は、前項の場合にも、適用する。

- 1 **科刑上一罪** : 複数の犯罪が成立したが、刑を科す上では一罪と扱われるもの。

2 要件

- (1) **観念的競合（1項前段）** : 成立した「二個以上の」犯罪が「一個の行為」による場合
→社会通念で判断
- (2) **牽連犯（1項後段）** : 成立した複数の犯罪が罪質上通例「手段…結果」の関係にある場合

- 3 **効果** 「その最も重い刑により処断する」 →法定刑の上限も下限も、最も重い刑のそれによる。

※共犯の罪数

→正犯の罪数に従って決まる。

→幫助犯が数個成立する場合において、それらが「一個の行為」（1項前段）によるものか否かは、幫助行為自体によって決すべき。

※かすがい現象

(ex) 他人の住居に侵入して順次3人を殺害した場合

→3個の殺人だけなら併合罪となる（45条）。

⇔3個の殺人罪はそれぞれ1個の住居侵入罪と牽連犯（1項後段）の関係にあるから、住居侵入罪によって結び付けられ、全体が科刑上一罪となる。

第55条 削除

第10章 累犯

第56条 (再犯) ☐ ☐ ☐

懲役に処せられた者がその執行を終わった日又はその執行の免除を得た日から五年以内に更に罪を犯した場合において、その者を有期懲役に処するときは、再犯とする。

2 懲役に当たる罪と同質の罪により死刑に処せられた者がその執行の免除を得た日又は減刑により懲役に減輕されてその執行を終わった日若しくはその執行の免除を得た日から五年以内に更に罪を犯した場合において、その者を有期懲役に処するときも、前項と同様とする。

3 併合罪について処断された者が、その併合罪のうちに懲役に処すべき罪があったのに、その罪が最も重い罪でなかったため懲役に処せられなかったものであるときは、再犯に関する規定の適用については、懲役に処せられたものとみなす。

※「再犯」となるのは「その者を有期懲役に処するとき」(1項)に限られる。

第57条 (再犯加重) ☐ ☐ ☐

再犯の刑は、その罪について定めた懲役の長期の二倍以下とする。

第58条 削除

第59条 (三犯以上の累犯) ☐ ☐ ☐

三犯以上の者についても、再犯の例による。

第11章 共犯

1 「共犯」の種類

(1) **任意的共犯** : 単独犯を予定している犯罪の共犯

ア 共同正犯 (60条)

イ 狭義の共犯

(ア) 教唆犯 (61条)

(イ) 幫助犯 (62条)

(2) **必要的共犯** : 共犯を予定している犯罪の共犯

ア 多衆犯 (ex) 内乱罪 (77条)、騒乱罪 (106条)

イ 対向犯 (ex) 重婚罪 (184条)、収賄罪 (197条～) と贈賄罪 (198条)、わいせつ物頒布罪 (175条)

※一方当事者だけを処罰している対向犯では、他方当事者については定型的関与である限り不処罰を予定したものと解すべき。

2 「共犯」の処罰根拠 : 正犯の実行行為を通じて法益侵害ないしその危険を惹起する。

→正犯の実行行為がなければ共犯不成立 (共犯従属性説)

※違法性の本質 = 社会的相当性を欠く法益侵害行為

→正犯の実行行為だけでなく共犯行為の違法性もなければ共犯不成立 (混合惹起説)

※新派→共犯は、正犯の実行着手がなくても教唆・幫助という共犯者固有の行為で成立 (共犯独立性説)

∴19世紀末、貧富の格差拡大等で激増していた犯罪に対する社会防衛

3 共犯従属性の程度

→正犯行為が構成要件該当性 + 違法性まで備えていなければ共犯不成立 (制限従属性説)

∴“違法は連帯に、責任は個別に”

※共同「正犯」については従属性が問題とならず、構成要件該当性のみが連帯するとの見解もある。

※36～37条の主観的要素にずれがある場合には、共同正犯の成否を当然に個別的に考えるとの見解もある。

(cf. フィリピンパブ事件：最決平4. 6. 5)。

第60条 (共同正犯) □ □ □

二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする。

1 共同正犯の本質 各共同者が相互に他の共同者の行為を利用・補充する関係

2 共同正犯の成立要件

(1) 「正犯」意思 = 自己の犯罪として積極的・主体的に犯行を実現しようとする意思

(2) 「共同して犯罪を実行」する行為 (「共同…実行」行為) = 相互利用補充関係

ア 「共同して犯罪を実行」する意思 (「共同…実行」の意思) = 相互利用補充の意思

イ 「共同して犯罪を実行した」事実 (「共同…実行」の事実) = 相互利用補充の事実

(3) 結果 (→より直接的な共同行為者がいる場合、そちらで検討済)

(4) (2)(3)間の因果関係（→より直接的な共同行為者がいる場合、そちらで検討済）

(5) 「罪を犯す意思」（38条1項本文：故意）

※主観的要件（(1)・(2)イ・(5)）が共同行為者間でずれる場合

→共同正犯＝基本的構成要件に該当する「実行」行為を「共同」するもの

→異なる構成要件が重なり合う（保護法益、行為態様）限度で共同正犯成立（部分的犯罪共同説）

3 効果 一部しか実行していなくても「共同…実行」行為による結果全部について正犯として責任を負う

＝修正された構成要件

→共同者個々人の行為と結果との間の因果関係は不要

4 諸問題

(1) 共同正犯の成立要件に関する問題

ア 片面的共同正犯＝「共同…実行」の意思× ⇒共同正犯不成立

イ 過失の共同正犯～「共同…実行」の意思×？

→過失犯の本質＝客観的注意義務違反（38条1項：2(1)ア）

＋共同正犯の本質＝相互利用補充関係

→共同の注意義務があれば、相互に他の共同者にこれを守らせる注意義務もあり

→これに共同で違反すれば、相互利用補充関係あり ⇒共同正犯成立

ウ 共謀（「正犯」意思＋「共同…実行」の意思）共同正犯～「共同…実行」の事実×？

→共同正犯の本質＝相互利用補充関係

⇒相互利用補充の事実あればクリア

エ 承継的共同正犯：後行者は、先行者の行為についても、①「正犯」意思、②「共同…実行」の意思、

③「共同…実行」の事実があったといえるか？

→共同正犯の本質＝相互利用補充関係

→先行者の行為・結果を①自己の犯罪遂行の手段として積極的に②利用する意思で③利用した事実があればよい。

(2) 特殊な構成要件の共同正犯

ア 結果的加重犯の共同正犯 ⇒基本犯の共同正犯と因果関係ある加重結果について成立

∴結果的加重犯の本質＝加重結果発生の高度な類型的危険を含む基本犯の実行行為を強く禁圧する

→基本犯＋加重結果＋因果関係で足り、加重結果についての過失は不要

イ 予備罪の共同正犯 ⇒成立しうる ∴「実行」には修正された構成要件該当行為も含む

ウ 間接正犯・教唆犯・幫助犯の共同正犯 ⇒成立しうる ∴これらも「犯罪」に含まれる

(3) 共犯からの離脱

→共同正犯の本質＝相互利用補充関係

⇒離脱者は、相互利用補充関係が解消された以後の責任を負わない

ア 実行着手前の離脱：①離脱の意思表示、②他の共犯者の了承

(＋③積極的な結果防止行為@離脱者が強い影響を与えていた場合)

イ 実行着手後の離脱：①離脱の意思表示、②他の共犯者の了承、③積極的な結果防止行為

※中止犯の成立には、別途中止犯の成立要件（43条但書）を満たす必要

第61条（教唆） □ □ □

人を教唆して犯罪を実行させた者は、正犯の刑を科する。

2 教唆者を教唆した者についても、前項と同様とする。

第1項

1 教唆犯（1項）の成立要件

(1) 他「人」（被教唆者）の「犯罪…実行」行為

(2) 「教唆」行為 ＝特定の犯罪の実行を決意させる行為

→過失犯に対する教唆犯は不成立。間接正犯が成立しうる。

→片面的教唆犯は成立しうる ∴正犯が教唆されている認識不要

(3) (1)(2)間の因果関係（「して」）

ex. 教唆行為後、被教唆者が実行の着手前に犯意を放棄し、その後教唆行為とは無関係に犯意を生じて実行に出た場合、教唆犯不成立

(4) 教唆故意（38条1項本文）

※未遂の教唆

→教唆犯の処罰根拠 ＝正犯の実行行為を通じて間接的に法益侵害ないしその危険を発生させた

→正犯が実行行為をする認識で足りる

→予期に反して既遂の場合は抽象的事実の錯誤の問題（38条1項:(1)(2)ア(ウ)）

※過失による教唆は不成立。単なる過失単独犯が成立しうるのみ。

2 結果的加重犯の教唆犯

→結果的加重犯の本質 ＝加重結果発生の高度な類型的危険を含む基本犯の実行行為を強く禁圧する

→基本犯 ＋加重結果 ＋因果関係で足り、加重結果についての過失は不要

→基本犯の教唆犯が成立すれば、結果的加重犯の教唆犯成立

第2項（間接教唆）

※再間接教唆 ⇒可罰

∴教唆犯の処罰根拠 ＝正犯の実行行為を通じて間接的に法益侵害ないしその危険を発生させた

∴「前項と同様とする」（2項） →間接教唆者 ＝「教唆した者」（1項）

→再間接教唆者 ＝「教唆者を教唆した者」

第62条（幫助） □ □ □

正犯を幫助した者は、従犯とする。

2 従犯を教唆した者には、従犯の刑を科する。

第1項

1 幫助犯（1項）の成立要件

(1) 「正犯」の実行行為

(2) 「幫助した」 ＝(1)を容易にした →過失犯に対する幫助犯・片面的幫助は成立しうる。

第26章 殺人の罪

第199条(殺人) □ □ □

人を殺した者は、死刑又は無期若しくは五年以上の懲役に処する。

1 保護法益 人の生命

2 構成要件

(1)「人」(客体) 行為者以外の自然人

ア 始期 : 母体からの一部露出 ∴一部露出により、母体から独立して侵害されうる

イ 終期 : 呼吸・脈拍の不可逆的停止、瞳孔反応の消失の3兆候から総合判定 ∴社会通念

(2)「殺し」(実行行為) 人の生命侵害の現実的危険ある行為

(3) 因果関係

(4)「た」(結果・既遂時期) 人の死亡

(5)「罪を犯す意思」(38条1項本文:故意)

3 罪数 →客体の数で判断

第200条 削除

第201条(予備) □ □ □

第百九十九条の罪を犯す目的で、その予備をした者は、二年以下の懲役に処する。ただし、情状により、その刑を免除することができる。

第202条(自殺関与及び同意殺人) □ □ □

人を教唆し若しくは幫助して自殺させ、又は人をその囑託を受け若しくはその承諾を得て殺した者は、六月以上七年以下の懲役又は禁錮に処する。

1 保護法益 人の生命

2 趣旨

(1) 自殺教唆・幫助罪(前段:自殺関与罪)

本人の生命は本人だけが左右しうるもので、他人の自殺への関与自体が違法 →独立の違法類型とした。

(2) 囑託・承諾殺人罪(後段:同意殺人罪)

被害者が自己の意思に基づき生命を放棄したことに着目した、普通殺人罪の違法減輕事由。

3 自殺関与罪

(1)「人」(客体) 自殺の意味を理解し、かつ自由に意思決定しうる能力を有する者

※このような能力を欠く者に自殺をさせるのは、判断能力欠如を利用した殺人罪の間接正犯

(2) 「教唆し若しくは幫助して」 (実行行為)

※実行の着手時期は自殺関与行為の開始時 (≠被害者の自殺行為開始時)

∴他人の自殺への関与自体を違法とする本罪の趣旨

(3) 「自殺」 →真意に基づく必要

※偽装心中は、真意を欠く以上、被害者の錯誤を利用した殺人罪の間接正犯

※脅迫による自殺教唆も、真意を欠くので、殺人罪の間接正犯

4 同意殺人罪

(1) 「人」 (客体) =殺人の意味を理解し、かつ自由に意思決定しうる能力を有する者

(2) 「その囑託を受け若しくはその承諾を得て殺し」 (実行行為)

※被害者の死の意欲を要する

∴本条の違法減輕の根拠は自己の意思決定により生命を放棄している点にある

(3) 因果関係

(4) 「た」 (結果・既遂時期) =人の死亡

(5) 「罪を犯す意思」 (38条1項本文：故意)

5 罪数等 :被害者に自殺を決意させ (自殺教唆) その囑託を受けて殺害する行為は、囑託殺人罪一罪。

第203条 (未遂罪) □ □ □

第百九十九条及び前条の罪の未遂は、罰する。

第27章 傷害の罪

第204条 (傷害罪) □ □ □

人の身体を傷害した者は、十五年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。

1 保護法益 人の身体

2 構成要件

(1) 「人」 (客体) =他人 →自傷行為は、この点で構成要件に該当しない。

※胎児は、墮胎罪を除き母体の一部を構成

胎児に病変 =母という「人」に病変 →胎児が出生後 (=「人」) 死亡 (最決昭63. 2. 29)

⇒業務上過失致死罪 (211条1項)

(2) 「傷害した」 (実行行為+結果) =人の生理的機能を害した

∴人の生理的機能を害すれば、社会通念上、保護法益 (前記1) 侵害といえる

※本罪は暴行罪の結果的加重犯でもある →有形的方法による傷害未遂は暴行罪

∴208条の文言からは、傷害に至れば204条の適用を予定していると解される。

→傷害の故意は不要 ∴基本犯たる208条の故意があれば足りる

第205条（傷害致死） □ □ □

身体を傷害し、よって人を死亡させた者は、三年以上の有期徒刑に処する。

第206条（現場助勢） □ □ □

前二条の犯罪が行われるに当たり、現場において勢いを助けた者は、自ら人を傷害しなくても、一年以下の懲役又は十万円以下の罰金若しくは科料に処する。

1 趣旨 傷害現場における傷害幫助にならない単なる助勢行為自体の危険性に着目し、独立に処罰した。

2 構成要件

- (1) 「前二条の犯罪が行われるに当たり」 ＝暴行開始 ～傷害終了
- (2) 「現場」 ＝暴行が行なわれている場所
- (3) 「勢いを助けた」 ＝野次馬的にはやし立てること ※特定の者に対するはやし立ては幫助犯（62条）
- (4) 「罪を犯す意思」（38条1項本文：故意）

第207条（同時傷害の特例） □ □ □

二人以上で暴行を加えて人を傷害した場合において、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、共同して実行した者でなくても、共犯の例による。

1 趣旨 傷害結果帰責の立証困難から、傷害結果についての挙証責任の転換 ＋ 「共犯」の擬制

2 要件

- (1) 「二人以上で暴行を加えて人を傷害した」
※意思の連絡がないことを要する。あれば「共同して犯罪を実行した」といえ、共同正犯（60条）。
※傷害致死罪にも適用あり ∴205条は傷害罪の結果的加重犯、立証困難は同様
- (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」

3 効果 「共犯の例による」 ＝共同正犯（60条）として扱う

第208条（暴行） □ □ □

暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったときは、二年以下の懲役若しくは三十万円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する。

1 保護法益 人の身体の安全

2 構成要件

- (1) 「暴行」（実行行為） ＝人の身体に対する不法な有形力の行使（狭義の暴行）
※人の身体“に対する”ものなら、必ずしも身体に接触しなくてもよい。
※有形力には、力学・科学・生理的作用、エネルギー作用を含む。
- (2) 「罪を犯す意思」（38条1項本文：故意）

3 罪数等 ∴暴行罪と脅迫罪は併合罪 ∴保護法益が異なる

第208条の2 (危険運転致死傷) □ □ □

アルコール又は薬物の影響により正常な運転が困難な状態で自動車を走行させ、よって、人を負傷させた者は十五年以下の懲役に処し、人を死亡させた者は一年以上の有期懲役に処する。その進行を制御することが困難な高速度で、又はその進行を制御する技能を有しないで自動車を走行させ、よって人を死傷させた者も、同様とする。

- 2 人又は車の通行を妨害する目的で、走行中の自動車の直前に進入し、その他通行中の人又は車に著しく接近し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転し、よって人を死傷させた者も、前項と同様とする。赤色信号又はこれに相当する信号を殊更に無視し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転し、よって人を死傷させた者も、同様とする。

- 1 趣旨 悪質・危険な自動車運転による重大な死傷事故が頻発しており、業務上過失致死傷罪（211条1項）による処理では不十分だったことから新設された。

2 構成要件

(1) 実行行為

ア 「アルコール又は薬物の影響により正常な運転が困難な状態で自動車を走行させ」（1項）

イ 「その進行を制御することが困難な高速度で、又はその進行を制御する技能を有しないで自動車を走行させ」（1項）
※運転免許の有無は、結論に影響しない

ウ 「人又は車の通行を妨害する目的で、走行中の自動車の直前に進入し、その他通行中の人又は車に著しく接近し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転し」（2項）

エ 「赤色信号又はこれに相当する信号を殊更に無視し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転し」（2項） ↑

ex. 警察官による交通整理の手旗信号

※「殊更に無視」→赤信号であることの確定的認識は不要で、信号に従う意思がなければ足りる

(2) 「よって」（因果関係）

(3) 「人を死傷させた」（結果）

(4) 「罪を犯す意思」（38条1項本文：故意）

第208条の3 (凶器準備集合及び結集) □ □ □

二人以上の者が他人の生命、身体又は財産に対し共同して害を加える目的で集合した場合において、凶器を準備して又はその準備があることを知って集合した者は、二年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する。

- 2 前項の場合において、凶器を準備して又はその準備があることを知って人を集合させた者は、三年以下の懲役に処する。

保護法益

個人の生命・身体・財産の安全（殺人罪・傷害罪の予備罪的性格）

+ 公共の平穏 ⇨ 騒乱罪（106条）

第1項 (凶器準備集合罪) : 構成要件

- 1 「二人以上の者が他人の生命、身体又は財産に対し共同して害を加える目的で集合した場合」（行為状況）

(1) 「他人の生命、身体又は財産に対し」

(2)「共同して害を加える目的で」＝加害行為を共同して実行しようとする目的

※迎撃目的といった消極的目的でもよい。

※全員・行為者自身が目的を有している必要はない。2人以上持てば足りる。

(3)「集合した場合」

2「凶器を準備して又はその準備があることを知って集合した」(実行行為)

(1)「凶器」→社会通念上の危惧感を抱かせる外観を要する ∴公共の平穏との保護法益

(2)「準備」＝凶器を必要に応じていつでも加害目的のために使用できる状態に置く

(3)「集合した」＝保護法益たる公共の平穏を害しうる態様で、時・場所を同じくした

※集合の時点で既遂に達する抽象的危険犯。

※犯罪の終了時期→集合状態が継続している限り継続して成立 ∴公共の平穏との保護法益

3「罪を犯す意思」(38条1項本文：故意)

第2項(凶器準備結集罪)：構成要件

1「前項の場合において」→1項:1

2「凶器を準備して又はその準備があることを知って人を集合させた」(実行行為)

(1)「凶器」「準備」→1項:2(1)(2)

(2)「集合させた」→主導的役割を演じたことを要する

3「罪を犯す意思」(38条1項本文：故意)

第3 罪数等

1 集合罪と結集罪とでは、包括して重い結集罪一罪。

2 本罪と殺人罪又は傷害罪とは併合罪 ∴公共の平穏との保護法益≠殺人・傷害罪の保護法益

第28章 過失傷害の罪

第209条(過失傷害) □ □ □

過失により人を傷害した者は、三十万円以下の罰金又は科料に処する。

2 前項の罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

保護法益 人の身体

・「過失」(38条1項但書)

第210条(過失致死) □ □ □

過失により人を死亡させた者は、五十万円以下の罰金に処する。

保護法益 人の生命

・「過失」(38条1項但書)

第211条（業務上過失致死傷等） □ □ □

業務上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた者は、五年以下の懲役若しくは禁錮又は百万円以下の罰金に処する。重大な過失により人を死傷させた者も、同様とする。

- 2 自動車の運転上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた者は、七年以下の懲役若しくは禁錮又は百万円以下の罰金に処する。ただし、その傷害が軽いときは、情状により、その刑を免除することができる。

1 **保護法益** 人の生命・身体2 **業務上過失致死傷罪（1項前段）** →209・210条の不真正身分犯（65条2項）

(1) 加重根拠 →業務者に高度な注意義務あり

(2) 構成要件

ア 「業務」 ＝社会生活上の地位に基づき、反復継続して行う事務

：高度の注意義務を課し、重く処罰することを正当化できる

イ 「必要な注意を怠り」（実行行為） ＝その業務を行う際に具体的に要求される注意義務に違反

→過失（38条1項但書）

ウ 「よって」（因果関係）

エ 「人を死傷させた」（結果）

3 **重過失致死傷罪（1項後段）**

「重大な過失」 ＝著しい注意義務違反

4 **自動車運転過失致死傷罪（2項）**

(1) 趣旨 →208条の2参照

(2) 刑の裁量的免除 ：処罰に値しない軽傷事犯への対処

第29章 堕胎の罪1 **保護法益** ①胎児の生命・身体の安全、②母体の生命・身体の安全2 **客体** ：妊婦及び胎児

3 「堕胎し」（実行行為） ＝自然の分娩期に先立って人為的に胎児を母体から分離・排出させること

4 「た」（結果・既遂時期）→胎児が母体外に排出されたとき又は母体内で殺害されたとき

5 違法性阻却事由 →母体保護法による妊娠中絶の適法化

第212条（堕胎） □ □ □

妊娠中の女子が薬物を用い、又はその他の方法により、堕胎したときは、一年以下の懲役に処する。

1 **保護法益** 胎児の生命・身体の安全のみ ：母体との関係では自傷行為ゆえ、保護の対象外

2 「妊娠中の女子」＝妊婦（身分犯）

3 「その他の方法」→他人に実施させる、他人と共同して実施する方法も含む。