

犯罪の概念

第1章 犯罪の成立要件 ★

概説

1. 意義

犯罪とは、構成要件に該当する違法で有責な行為のことである。

2. 犯罪の成立要件

(1) 構成要件該当性

構成要件とは、法律により犯罪として定められた行為の類型のことである。そして、犯罪が成立するためには、問題となる行為が構成要件に該当すること、すなわち**構成要件該当性**が必要である。

(2) 違法性

違法とは、法秩序に違反することである。そして、犯罪が成立するためには、構成要件に該当する行為が違法でなければならない。

構成要件に該当する行為は、当該行為を禁止するために犯罪として規定されているのであるから、本来違法であることが想定されたものである。そこで、問題となる行為が構成要件に該当する以上、その行為は違法であると推定される。

もっとも、構成要件はあくまで類型にすぎない以上、構成要件に該当する行為であっても現実には違法性が認められないことがある。そこで、違法性の要件の具備を検討するに当たっては、違法性を否定する類型的な事情（**違法性阻却事由**）が存在するか否かを検討することになる。

(3) 有責性

犯罪が成立するためには、構成要件に該当して違法な行為をした者が、責任を有していなければならない。この**責任**とは、違法行為をしたことについて、その行為者を非難し得ること（行為者に対する非難可能性）である。

3. 処罰条件・処罰阻却事由

処罰条件や処罰阻却事由は、一定の政策的理由から認められるものであり、犯罪の成否とは無関係である。

(1) 処罰条件

構成要件該当性・違法性・有責性が具備されれば、犯罪が成立し、これに伴って国家の刑罰権も発生するのが原則である。

しかし、犯罪によっては、このような成立要件を具備してもそれだけでは刑罰権が発生せず、**処罰条件**が成就して初めて刑罰権が発生する場合がある。例えば、事前収賄罪は、公務員又は仲裁人になった事実がなければ刑罰を科せられないこととされている（§ 197 II）。

(2) 処罰阻却事由

犯罪成立要件を具備するため犯罪は成立するが、**処罰阻却事由**が存する結果、刑罰権の発生が妨げられることがある。例えば、親族相盗例における近親者としての身分（§ 244 I）などである。

第2章 行為概念 ★

概説

行為概念

犯罪は**行為**でなければならず、単なる思想・内心の状態は処罰の対象とならない。このような行為の意義については、議論のあるところである。

【行為の意義】★

	自然的行為論	目的的行為論	社会的行為論	人格的行為論
意義	意思に基づく身体の動静のことである	目的によって支配された身体の運動のことである	社会的に意味のある身体の動静のことである	行為者人格の主体的現実化である身体の動静のことである
不作為	○	×	○	○
過失	○	×	○	○
忘却犯 〈注1〉	×	×	×	○
反射運動	×	×	×	×

〈注1〉

忘却犯とは、過失による不作為犯のことである。

(具体例) 母親が授乳しつつ寝入ってしまい睡眠中に乳児を圧死させた場合

構成要件該当性

第1章 総論 ★

概説

1. 構成要件の意義

構成要件とは、法律により犯罪として定められた行為の類のことである。

この構成要件には、犯罪類型を構成する諸要素（**構成要件要素**）が具体的に記述されており、これによって個々の犯罪類型の法的特徴が明らかになるとともに、犯罪類型の個別化が図られている。

2. 構成要件要素

構成要件要素には、大きく分けて客観的構成要件要素と、主観的構成要件要素がある。

(1) 客観的構成要件要素

客観的構成要件要素とは、その存在が外見的に認識される構成要件要素のことである。

この客観的構成要件要素には、①行為の主体、②行為、③結果、④行為と結果の間の因果関係、⑤行為の状況（名誉毀損罪における「公然」など）がある。

(2) 主観的構成要件要素

ア. 意義

主観的構成要件要素とは、行為者の内心に関するものであって、外見的には認識することができない構成要件要素のことである。

この主観的構成要件要素には、故意・過失、目的犯における目的、傾向犯における傾向などがある。なお、構成要件要素としての故意を**構成要件の故意**、構成要件要素としての過失を**構成要件の過失**という。

イ. 目的犯

目的犯とは、一定の目的を有することが成立要件とされている犯罪のことである。この場合の目的とは、一定の事項を成し遂げようとする意欲のことである。

（具体例）通貨偽造罪（§148 I）・文書偽造罪（§155 I、§159 I）における「行使の目的」

ウ. 傾向犯

傾向犯とは、行為者の内心の意図や傾向を構成要件要素とする犯罪のことである。

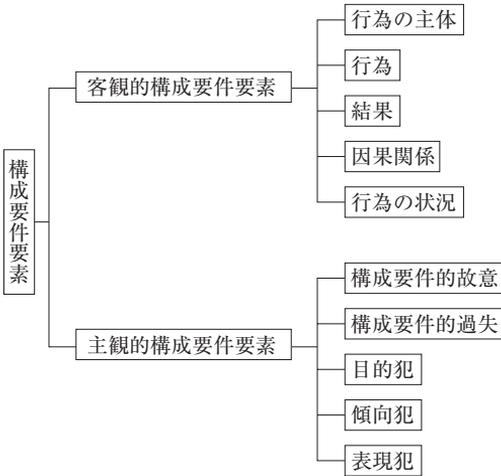
(具体例) 強制わいせつ罪 (§ 176)

エ. 表現犯

表現犯とは、内心の表現が処罰の対象となる犯罪のことである。

(具体例) 偽証罪 (§ 169)

【構成要件要素】



第2章 主体 ★

概説

1. 自然人

法文上、犯罪行為の**主体**は「者」と表現されており、これは**自然人**を指すものとされている。

2. 法人

(1) 総論

刑法各則に規定された行為の主体に法人は含まれないが、行為の客体に法人は含まれる。

司25-1 (予25-1)

(2) 法人の犯罪能力

法人に犯罪能力が認められるか、すなわち犯罪構成要件の行為主体に法人が含まれるかが問題となる。

【法人の犯罪能力】★

	肯定説	否定説
根拠	①法人は、独自の活動を営む社会的実在であり、法人の機関の意思に基づいて行為するといえるので、道義的非難の対象となり得る ②法人に適した刑罰として財産刑が規定されている ③利益の享受主体である法人の活動を効果的に規制するためには法人自体を処罰する必要性が高い	①法人は、擬制的存在であり、刑法的評価の対象となる行為を行い得ないので、刑事責任の本質である道義的非難の対象となり得ない ②自由刑を中心とする現行の刑罰制度は法人処罰になじまない ③法人の代表者を処罰すれば法人を処罰する必要性は低い
批判	両罰規定は、行政法規の目的を達成するため、政策的に金銭支払義務を事業主に課したものにすぎない	①否定説は、両罰規定は法人の犯罪能力を認めたものではなく受刑能力を認めたものであるとするが、刑罰が犯罪に対する制裁であることからすると、犯罪能力と受刑能力を区別することには疑問がある ②現代社会において法人の果たす役割の重要性や企業の事業遂行あるいは企業戦略の一環として法人が主体となった犯罪現象が存在するのを看過している

(3) 両罰規定

一般的に法人に犯罪能力を認めることができるか否かについては、上記のように争いがある。しかし、仮に刑法が法人の処罰を認めていないとしても、特別刑法においては、刑法8条ただし書により法人を処罰する旨の「特別の規定」を設けることができ、現に各種の行政取締法規の中に法人を処罰する規定が置かれている。

現在の我が国には、従業者が法人の業務に関して違反行為を実行した場合に、従業者と共に法人を罰することを定めた**両罰規定**が多数存在し、この両罰規定に基づき法人も処罰される。

法人事業主を両罰規定により処罰するためには、現実には犯罪行為を行った従業者をも処罰

する必要はない。司25-1 (予25-1)

法人事業主が処罰される場合、その代表者も処罰されるわけではない。司25-1 (予25-1)

【両罰規定】司23-14 (予23-7) ★

	無過失責任説	過失推定説 (判例)	過失擬制説	純過失説
意義	両罰規定は、法人が無過失であっても代表者や従業員の責任が法人に転嫁されることを政策的に認めたものである	法人の代表者の違反行為は法人の違反行為であり、法人の従業員の違反行為については、法人の代表者の当該従業員に対する選任監督上の過失が推定され、過失責任に基づき法人が処罰される	法人の代表者の違反行為は法人の違反行為であり、法人の従業員の違反行為については、法人の代表者の当該従業員に対する選任監督上の過失が擬制され、過失責任に基づき法人が処罰される	法人の代表者の違反行為は法人の違反行為であり、法人の従業員の違反行為については、法人の代表者の当該従業員に対する選任監督上の過失が証明されなければ、法人は処罰されない
批判	刑法における責任主義に反する	①法人側が選任・監督上の注意義務を尽くしたことの立証には困難を伴うことを考えると、責任主義に違反するとされる無過失責任説と実質的な差異はなくなる ②無過失の立証責任を法人側に負わせるのは「疑わしきは被告人の利益に」という刑事裁判の原則に反する	①実質的には無過失責任説と変わらず、刑法における責任主義に反する ②業務主が従業員の違反行為を承知していた場合にも、過失犯としての責任を問うことになり妥当でない	①立証の困難さから法人を処罰できる範囲が狭まることになる ②企業体では、法人側こそが選任・監督上の注意義務を尽くしたか否かに関する証拠を入手できるという側面を看過している

【両罰規定と法人の過失：最判昭40.3.26=百選 I No.3】

外国為替及び外国貿易管理法73条は、事業主たる法人の代表者でない従業員の違反行為につき、**当該法人に当該行為者の選任・監督その他違反行為を防止するために必要な注意を尽さなかった過失の存在を推定した規定**と解すべきであり、事業主においてこれに関する注意を尽したことの証明がなされない限り、事業主もまた刑責を免れないとする法意である。司25-1 (予25-1)

第3章 実行行為・結果 ★

概説

1. 実行行為

(1) 意義

行為者は、その行為によって構成要件の結果を惹起することが必要であるが、構成要件該当性を肯定するためには、その行為は無限定ではなく、構成要件の結果を惹起する現実的危険性が認められる行為でなければならない。このような行為を**実行行為**（**構成要件的行為**）という。

(2) 機能

ア. 構成要件該当性の否定

形式上は構成要件に該当するよう見えても、法益侵害の現実的危険性という実質を欠く行為は、実行行為に当たらず構成要件該当性が否定される。

（具体例）墜落事故を期待して飛行機旅行を勧めたところ、その勧めに従って飛行機に乗った者が、たまたま現実生じた墜落事故で死亡した場合における「飛行機旅行を勧める行為」

イ. 実行の着手時期

実行行為は、実行の着手に始まり実行の終了によって終わるところ、実行行為の実質を有する行為の開始（法益侵害の現実的危険性を有する行為の開始）があつて初めて実行の着手があつたと認めることができる。

予備・陰謀の段階と実行の着手があつた段階の違いも、既に法益侵害の現実的危険性を有する行為か、まだその段階に至っていない行為かという点に求められる。

なお、実行の着手や予備・陰謀についてはP77～参照。

2. 結果

(1) 総論

犯罪行為が行われると、さまざまな結果が生じるのが通常である。そして、多くの構成要件においては、このようなさまざまな犯罪の結果のうち法的に最も重要なものを構成要件要素として規定し、この結果が生じた場合にのみ既遂犯として処罰することとしている（**結果犯**）。

これに対し、結果の発生を必要とせず、行為者の一定の身体的動静のみが構成要件の内容となっている犯罪を**単純行為犯**（**挙動犯**）という。

【結果犯と単純行為犯】

	結果犯	単純行為犯（挙動犯）
意義	一定の結果の発生を構成要件要素として規定している犯罪（注1）	結果の発生を必要とせず、行為者の一定の身体的動静のみが構成要件の内容となっている犯罪
具体例	殺人罪（§199）等大部分の犯罪	住居侵入罪（§130前段）、偽証罪（§169）

〈注1〉

結果犯の特殊形態として、結果的加重犯（行為者が一定の故意に基づく犯罪行為を行った際、その行為からその故意を超過する重い結果が生じたことを構成要件として規定し、その重い結果が発生したことをもって基本となる犯罪より重い刑が定められている犯罪）がある。

（具体例）傷害致死罪（§205）

【結果的加重犯と過失の要否：最判昭32.2.26＝百選 I No.50】

暴行と傷害致死の結果との間に因果関係が存する以上、被告人において致死の結果をあらかじめ認識・予見する可能性は必要ではない。

(2) 構成要件の結果

構成要件の結果とは、構成要件要素である結果のことである。この構成要件の結果には、保護法益の侵害のみならず、侵害の危険も含まれる。

【実質犯と形式犯】

	実質犯	形式犯
意義	犯罪の成立のために法益の侵害又はその危険が必要である犯罪（注1）	犯罪の成立のために法益侵害の抽象的危険すらも必要としない犯罪
具体例	刑法上の多くの犯罪	運転免許証不携帯罪（道路交通法 §121 I ⑩、§95 I）

〈注1〉

実質犯は、以下のように侵害犯と危険犯に分類される。

【侵害犯と危険犯】

	侵害犯	危険犯	
意義	保護法益を実質的に侵害したことが構成要件要素となっている犯罪	保護法益侵害の危険を生じさせたことが構成要件要素となっている犯罪	
		具体的危険犯 現実に危険が発生したことを構成要件要素として規定している犯罪	抽象的危険犯 一般的に法益侵害の危険があると認められる行為があればそれだけで成立する犯罪
具体例	殺人罪（§199）等大部分の犯罪	建造物等以外放火罪（§110）、往来危険罪（§125）	現住建造物等放火罪（§108）、偽証罪（§169）

(3) 結果の発生と犯罪の終了

構成要件の結果が発生すると犯罪は成立するが、いったん成立した犯罪がいつ終了するかが問題となる。このうち、状態犯か継続犯かの区別は、公訴時効の起算時期や共犯の成立時期に影響がある。

【犯罪の終了時期】 ④18-6 ★

	即成犯	状態犯	継続犯
意義	構成要件の結果発生により犯罪が成立するが、それと同時に終了する犯罪	構成要件の結果発生により犯罪が成立した後、法益侵害状態は継続するが、犯罪成立と同時に終了する犯罪	構成要件の結果発生により犯罪が成立し、その結果が継続する間、犯罪が継続的に成立する犯罪
具体例	殺人罪（§199）	窃盗罪（§235）	監禁罪（§220）

第4章 不作為犯 ★★★

概説

1. 意義

不作為とは、一定の作為をしないことである。そして、**不作為犯**とは、不作為により構成要件を実現する場合のことである。

不作為は「何もしない」ことを意味するものではなく、「一定の作為」をしないことと何か別のことをすることは両立しうる。したがって、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。同22-2

2. 種類

不作為犯には、**真正不作為犯**と**不真正不作為犯**がある。

【真正不作為犯と不真正不作為犯】〈注1〉

	真正不作為犯	不真正不作為犯
意義	不作為を明示的に構成要件要素として規定し、それが犯罪となる条件を法文上明記しているもの	不作為が明示的に構成要件要素として規定されていない犯罪であって、通常は作為により実現される構成要件を不作為で実現する場合
具体例	不退去罪（§130後段）、死体遺棄罪（§190）、保護責任者遺棄罪（§218）、同1-1（予1-3）	人の死を回避する作為を行わないことにより人の死を惹起した場合における殺人罪（§199）

〈注1〉

真正不作為犯と不真正不作為犯との違いは、刑罰法規そのもの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。同22-2

3. 不真正不作為犯の実行行為性

判例は、不真正不作為犯の実行行為性が認められるための要件として、**作為義務**と**作為可能性**を要求している。

(1) 作為義務

ア. 意義

作為義務とは、期待された作為を行う特別の法的義務のことである。

イ. 作為義務の必要性

不真正不作為犯は、作為義務が認められる場合にのみ成立する。なぜなら、不作為と結果との間の因果関係が認められるすべての場合に成立するとすれば、処罰範囲が広がりすぎるからである。

このように、作為義務を不真正不作為犯の成立要件とすることにより、結果の発生を回避し得る作為をしなかった複数の者の中から不作為犯の主体となり得ない者を除外することができる。同22-2

ウ. 作為義務の発生根拠

作為義務は、倫理的義務ではなく法的義務でなければならないことから、そのような法的義務を課する**法律**、**法的義務に準ずる義務の根拠となる契約・事務管理**が根拠となる。

同1-1（予1-3）

また、自己の行為によって結果発生の危険を生じさせた者は、その発生を防止すべき条理上の義務を負い、これを**先行行為**に基づく**作為義務**という。④27-1

なお、不真正不作為犯の成立要件としての**作為義務**を認めるためには不作為者が結果発生の原因となる先行行為を行えば足りるとする見解に対しては、故意又は過失によって人に傷害を与えた者が、その後殺意をもってその人を救助せずに放置して死亡させた事案において、不作為による殺人罪が認められる範囲が**広くなりすぎる**との批判が可能である。

④22-2

【あてはめ演習】 ★ ④28-1 (④28-3)

	I 説	II 説	III 説
意義	法律上の防止義務を負う者が、法益侵害への因果経過を具体的・現実的に支配している状況下で防止措置を採らなかった場合に 作為義務違反 を認める	法律上の防止義務を負う者が、既に発生している法益侵害の危険を利用する意思で防止措置を採らなかった場合に 作為義務違反 を認める	法益侵害に向かう因果の流れを自ら設定した者が、その法益侵害の防止措置を採らなかった場合に 作為義務違反 を認める
甲は、市街地で自動車を運転中、誤って乙を跳ねて重傷を負わせたが、怖くなって乙を救護することなく逃走したところ、乙は死亡した	×	×	○
甲は、市街地で自動車を運転中、何者かにひき逃げされて重傷を負っている乙を発見し、乙を自車に乗せて病院に向かう途中、乙を乗せたまま長時間車を止めて用事を済ませているうちに乙は死亡した	○	×	×
一人暮らしの甲は、遊びに来ていた友人が帰った後、友人のたばこの火の不始末で座布団が燃えているのに気付いたが、家に掛けてあった火災保険金が欲しくなり、そのまま外出したところ、座布団の火が燃え移って家が全焼した	○	○	×

○ = 作為義務あり、× = 作為義務なし

【作為義務：最判昭33.9.9＝百選 I No.5】

自己の過失により事務室内の炭火が机に引火し、燃焼しはじめていたのを仮睡から醒めて発見した者が、そのまま放置すれば右事務所を焼燬するに至ることを認識しながら、自己の失策の発覚をおそれる等のため、右結果の発生を認容して何らの措置をすることなくその場から逃げ去ったときは、**不作為による放火**の責任を負うべきである。④27-1

【シャクティ事件：最決平17.7.4＝百選 I No.6】

重篤な患者の親族から患者に対する「シャクティ治療」を依頼された被告人は、入院中の患者を病院から運び出させた上、未必的な殺意をもって、患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせないまま放置して死亡させた。以上の事実関係によれば、被告人は、自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた上、患者

が運び込まれたホテルにおいて、被告人を信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当てを全面的にゆだねられた立場にあったものと認められる。その際、被告人は、患者の重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根拠はなかったのであるから、直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべきである。それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記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被告人には、**不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となる**と解する。

〈解説〉

この判旨は、先行行為についての被告人の帰責性と被告人による引受行為の存在を根拠に、被告人の被害者に対する殺人罪を認めたものと解される。同25-11（注25-5）

工. 作為義務の錯誤

作為義務の錯誤があった場合の処理が、作為義務の体系的地位と関連して問題となる。

【作為義務の錯誤】★

	事実の錯誤説	法律の錯誤説	二分説
作為義務の体系的地位	作為義務は構成要件要素である	作為義務は違法要素である	作為義務の発生を根拠付ける事実の存在は構成要件要素であるが、作為義務自体は違法要素である
作為義務の錯誤の処理	事実の錯誤であり故意は阻却される	法律の錯誤であり故意は阻却されない	作為義務の発生を根拠付ける事実の錯誤は事実の錯誤であり故意を阻却するが、作為義務自体の錯誤は法律の錯誤であり故意を阻却しない
批判	不作為の構成要件該当性を判断する際に、実質的に違法性を判断している点で問題である	結果との間に因果関係のあるすべての不作為について構成要件該当性があることを前提としている点で問題である	①作為義務の発生を根拠付ける事実と作為義務自体の区別は困難である ②作為義務の発生を根拠付ける事実を認識するのに作為義務がないと誤信することは通常考えられない

(2) 作為可能性

作為義務が肯定されても、物理的・心理的に不作為者にとって**作為の可能性**が認められない場合、不作為犯は成立しない。同27-1、同1-1（注1-3）

（理由）なし得ないことを法的に要求することは無意味であり、それにもかかわらず作為をなさなかったことを理由として処罰することは不当である。

4. 不作為犯の因果関係

不真正不作為犯を認める見解に対しては、「無から有は生じない」から因果関係が認められないという批判があり得るが、期待された作為を行っていたら結果の発生が避けられたであろうという場合には因果関係が認められるとの反論が可能である。同22-2

そして、不作為は、何もしないことではなく、期待された行為を行わないことを意味するから、不作為犯における因果関係は、一般論として**期待される作為をしたならば結果は発生**

しなかったという関係があれば肯定される。同ブ-16 ★

→不作為の後に結果の発生が認められることでは足りない。同19-12

【不作為の因果関係：最決平元.12.15＝百選 I No.4】

甲が13歳の乙（女性）に覚せい剤を注射したところ、乙が錯乱状態に陥ったが、甲は、覚せい剤使用の発覚を恐れ、救急車を呼ぶなどの救命措置を講じないで立ち去った。その後、乙は覚せい剤使用による急性心不全で死亡した。この場合、甲が直ちに救命措置を講じていれば、乙の死亡を回避することが十中八九可能であったと認められる場合、乙を救命することが合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるので、因果関係が肯定される。したがって、甲につき保護責任者遺棄致死罪が成立する。同ブ-16、同27-1、同28-5（予28-7）、同1-1（予1-3）

論文マテリアル ～不作為犯の実行行為性～ 論22、論26、論30

不真正不作為犯は、作為犯と同じ条文で処罰される以上、作為犯と同視しうる内容を備えていなければならない。したがって、①**作為義務**と②**作為の可能性**がある場合に限って、作為犯と同価値の実行行為性を認めるべきである。

論文マテリアル ～作為義務の発生根拠～ 論22、論30

自己の先行行為によって結果発生の危険を生じさせた者は、その発生を防止すべき**条路上の作為義務を負う**。

そして、自己の先行行為によって結果発生の危険を生じさせたといえるかどうかは、①**先行行為による結果発生への寄与度**はどれくらいか、②**先行行為による危険を支配し得る地位**にあったかという点を基準として判断すべきである。

論文マテリアル ～不作為犯の因果関係～ 論30

不作為による実行行為と結果との間の因果関係が認められるためには、①条件関係と②相当性（危険の現実化）の要件を満たすことが必要であるところ、①については、作為がなされた状態を仮定的に付け加え、**その作為がなされていれば結果回避が合理的な疑いを超える程度に確実であったか否か**によって判断される。

第5章 間接正犯 ★★★

概説

1. 意義

間接正犯とは、他人を道具として利用して実行行為を行う場合のことである。

2. 間接正犯の成立要件

(1) 主観的要件

間接正犯が成立するためには、行為者が、故意のほか、他人を道具として利用しながら**特定の犯罪を自己の犯罪として実現する意思**を有していることが必要である。

(2) 客観的要件

間接正犯が成立するためには、行為者が、被利用者の行為をあたかも**道具のように一方的に支配・利用**し、被利用者の行為を通じて構成要件的行為の全部又は一部を行ったことが必要である。

3. 間接正犯の類型

(1) 被害者の行為の利用

法益が被害者自身によって侵害される場合、この結果は被害者の意思に合致するため法益侵害性が失われることになり、構成要件該当性が否定される。したがって、行為者の行為後に、自由かつ惹起される構成要件の結果・法益侵害に関し瑕疵のない意思に基づく被害者の行為を利用した場合、間接正犯の成立は認められない。

これに対し、①**被害者が欺罔により錯誤に陥っている場合**、②**被害者の行為を強制した場合**には、間接正犯が成立する。

【被害者を利用した殺人①：最判昭33.11.21＝百選Ⅱ No.1】

甲は、乙に対し、同人が自殺すれば甲もその直後に後を追って自殺する旨をつき、乙は、その旨誤信して自殺することを決意し、甲から受け取った毒薬を服用して死亡した。この場合、甲は、殺人罪の間接正犯となる。同21-4、同27-6

〈解説〉

乙に真実自殺する意思があったとしても、自殺教唆罪が成立するにとどまるわけではない。

【被害者を利用した殺人②：最決平16.1.20＝百選Ⅰ No.73】

甲は、乙に執拗に暴行・脅迫を加えた結果、同人を厳冬期に漁港の岸壁から自動車ごと海中に転落して自殺する以外の行為を選択することができない精神状態に陥らせた上、同人に上記態様で自殺するよう指示し、乙は、甲の指示に従って、自殺することを決意し、自ら上記態様で海中に転落したが、一命を取りとめた。この場合、甲は、殺人未遂罪の間接正犯となる。同21-4、同27-6

(2) 故意行為の利用

構成要件の結果について故意を有する者を利用して結果を生じさせた場合、被利用者の行為をあたかも道具のように一方的に支配・利用したとはいえず、間接正犯は成立しないはずである。

もっとも、判例は、故意により結果を惹起した直接の行為者を幫助犯とし、利用者を正犯としている。このような行為者を**故意ある幫助的道具**という。

【故意ある幫助的道具：最判昭25.7.6】

会社の代表取締役である甲が、使用人乙に命じて同人を自己の手足として食糧管理法に違反して米を運搬輸送させた場合、乙を教唆し又は同人と共謀した趣旨でないことが明白である。したがって、乙がその情を知ると否とにかかわらず甲の行為が運搬輸送の実行正犯たることに変わりはないのである。

(3) 非故意行為の利用

ア. 故意がまったくない場合

行為者が、構成要件の結果について故意のない者の行為を利用した場合、被利用者を道具のように利用して構成要件を実現したと見ることができるから、間接正犯の成立を肯定することができる。

【非故意行為の利用：最決昭31.7.3】

他人の所有管理にかかる物件につき、管理処分権なき者が、不法領得の意思をもってあたかも自己の所有物の如く装いこれを善意の第三者に売却搬出せしめた所為は、窃盜罪を構成する。**同**21-4、**同**28-17

イ. 他の構成要件の結果の故意がある場合

被利用者に他の結果を惹起することについては故意があったが、実際に発生した構成要件の結果について故意がなかった場合にも、間接正犯の成立が認められる。

(具体例) 甲が、屏風の後ろにいるAを殺害する目的で、乙に対して屏風を撃つことを命じた場合

(4) 構成要件非該当行為の利用

ア. 身分なき故意ある道具

身分犯に必要とされる身分を欠く被利用者には、自己の行為が犯罪を構成するという認識がなく、道具として利用したものと認められるから、被利用者に結果を惹起する認識・意思があっても、間接正犯が成立し得る。このような場合を**身分なき故意ある道具**という。

(具体例) 公務員が非公務員を介して賄賂を收受した場合

イ. 目的なき故意ある道具

目的犯に必要とされる目的のない被利用者には、自己の行為が犯罪を構成するという認識がなく、道具として利用したものと認められるから、被利用者に結果を惹起する認識・意思があっても、間接正犯が成立し得る。このような場合を**目的なき故意ある道具**という。

(具体例) 甲が行使の目的を欠く乙を利用して通貨を偽造させた場合

(5) 責任なき行為の利用

ア. 是非弁別能力を欠く者

行為者が是非弁別能力を欠く者を利用して構成要件の結果を生じさせた場合、その者を思うがままに利用したといえるため、間接正犯が成立する。**同**25-17 (**注**25-13)

(具体例) 高度の精神病患者や幼児を利用した場合

イ. 刑事未成年者

被利用者が刑事未成年者(§41)である場合であって、是非弁別能力があるときは、**意思の抑圧**などの事情が存在しない限り、間接正犯の成立を肯定することはできない。

【刑事未成年者の利用①：最決昭58.9.21＝百選 I No.74】

甲は、日ごろから暴行を加えて自己の意のままに従わせていた12歳の乙に対し、現金を盗んでくるように指示したところ、乙は、是非善悪の判断能力を有していたものの、甲の日ごろの言動に畏怖してその意思が抑圧されていたため、甲の指示どおりに窃盗を行った。この場合、甲には窃盗罪の**間接正犯**が成立する。**同**21-4、**同**24-2（**予**24-4）

【刑事未成年者の利用②：最決平13.10.25＝平13重判No.4】

甲は、12歳の乙に対し、Aから現金を強取してくるよう指示したところ、乙は、是非善悪の判断能力を有していたものの、甲の指示どおりに強盗を実行した。甲の指示は、乙の意思を抑圧するに足る程度のもではなく、乙が自らの意思により前記強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して強盗を遂げた。この場合、甲には強盗罪の**共同正犯**が成立する。**同**21-4、**同**22-12、**同**25-17（**予**25-13）、**同**28-17、**同**30-17（**予**30-2）

(6) 適法行為の利用

被利用者の行為が構成要件に該当する場合でも、その行為が違法性を阻却される場合には、被利用者には自己の行為が犯罪を構成するという認識がなく、道具として利用したものと認められるから、間接正犯が成立する。

【適法行為の利用①：大判大10.5.7】

妊婦に墮胎手術を施した結果、妊婦の生命に危険を生じさせた者が、緊急避難として医師に胎児の排出をさせた場合、墮胎罪の**間接正犯**が成立する。**同**28-17

【適法行為の利用②：最決平9.10.30】

本邦に到着した航空貨物内から税関検査による輸入禁制品である大麻が発見されて国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律4条に基づきいわゆるコントロールド・デリバリーが実施された場合、配送業者が捜査機関から大麻の存在を知らされその監視下において貨物を保税地域から本邦に引き取ったときであっても、**当該貨物を発送した者らにつき関税法上の禁制品輸入罪の既遂が成立する。**

論文マテリアル ～間接正犯の成立要件～ 論21、論25、予29

間接正犯の成立要件は、①他人を道具として利用しながら特定の犯罪を**自己の犯罪として実現する意思**があること、②被利用者の行為をあたかも**道具のように一方的に支配・利用**していることである。

第6章 因果関係 ★★★

概説

1. 意義

結果犯の構成要件該当性が認められるためには、実行行為が存在し、構成要件の結果が発生するだけでは足りず、その実行行為と構成要件の結果を結び付ける**因果関係**が認められなければならない。

2. 条件関係

(1) 意義

因果関係を肯定するためには、その行為がなかったならばその結果が発生しなかったであろうという**条件関係**が必要である。その際、結果は、時刻・場所・形態を含めて**具体的**に把握されなければならない。★

(2) 代替的原因の存在

現実に遂行された実行行為のほかにも、構成要件の結果を同様に惹起しうる代替的原因が存在した場合、実行行為を取り去っても代替的原因により構成要件の結果が同様に発生していたであろうとされるから、条件関係を肯定できないことになる。

ア. 択一的競合

択一的競合とは、甲と乙の2人がそれぞれ独立にAを殺害しようとしてAの飲み物にそれぞれ致死量の毒を混入し、その結果Aが死亡した場合のことである。

【択一的競合】

	条件関係肯定説	条件関係否定説
意義	双方の行為を全体として取り去れば結果が発生しなかったであろうといえるから、条件関係を肯定することができる	一方の行為を取り去っても他方の行為により結果は発生したであろうといえるから、条件関係を肯定することはできない
根拠	実行行為に予定されている結果が発生しているにもかかわらず、両者とも未遂にとどまるとするのは常識に反する	条件関係の公式を修正すべきではない
批判	_____	重疊的因果関係（単独では結果を惹起し得ない行為が重なって初めて結果を惹起した場合）に比べてより危険な行為をしておきながら未遂にとどまるのは不均衡である

イ. 仮定的因果経過

仮定的因果経過とは、死刑囚に対して死刑が執行される際、死刑執行のボタンを押そうとしていた係官の代わりに自らボタンを押して執行予定時刻に死刑囚を死亡させた場合のことである。

この場合、犯人がボタンを押さなくても、係官によりボタンが押され死刑囚は同時刻に死亡していたであろうといえるが、現実化していない条件を付け加えるべきではないことから、条件関係を肯定することができるというのが通説である。

(3) 因果関係の断絶

因果関係の断絶とは、実行行為から結果に向けて因果の流れが進行中に、行為者の行為とは無関係の偶然の事情が介入し、それによって当該結果が発生してしまった場合のことである。これは、条件関係が否定される特殊な形態である。同27-3

(具体例) 甲がAを殺害する意図で毒薬を飲ませたところ、毒薬の効果が生じる前に乙に射殺された場合

3. 因果関係に対する法的限定の要否

(1) 条件説と相当因果関係説

因果関係に対する法的限定の要否については種々の考え方が主張されているが、今日では下記の2説が有力である。

【条件説と相当因果関係説】 同18-18

	条件説	相当因果関係説
意義	因果関係を肯定するためには、その行為がなかったならばその結果が発生しなかったであろうという 条件関係 が必要であり、それで足りる	因果関係を肯定するためには、 条件関係の存在を前提 に、その 行為からその結果が発生することが相当 であると認められることが必要である
根拠	刑法上の因果関係は、行為と結果の間の客観的な事実関係を確定するものであり、条件関係の他に法的な観点から因果関係に絞りをかけることは、因果関係存否の判断の客観的性質に反する	条件関係の肯定される構成要件の結果のうち、行為者に帰属させることがふさわしい結果だけを選び出し、このような結果についてのみ刑事責任を問うのが適切である
批判	極めて異常な事情が行為後に介在して結果が生じたような場合にも因果関係を肯定することになる	因果経過が通常とはいえませんが、それにもかかわらず行為の危険が結果へと実現した場合もある

(2) 因果関係の中断

ア. 意義

因果関係の中断とは、因果の過程の進行中に第三者の故意に基づく行為又は落雷などの自然力が介入した場合には、実行行為と結果との因果関係は中断し、因果関係の存在は否定されると解することである。

条件説の中には、条件関係が無限に続くことの不合理的を解消するため、この因果関係の中断という概念を用いて、因果関係に関し法的な絞りをかける立場もある。

(具体例) 甲は、乙を殴って転倒させ、同人にそのまま放置すれば死亡する危険のある頭蓋内出血の傷害を負わせた。乙は、病院において治療を受けたが、なお死亡する危険のある状態であったところ、乙の入院中に何者かがその病院に放火し、これにより発生した火災が原因で乙は焼死した。同21-2

イ. 因果関係の断絶との違い

因果関係の中断は、条件関係の存在を前提として、なお因果の過程に一定の事情が介入したことを理由に、刑法上の因果関係を否定する理論である。

これに対して、因果関係の断絶は、条件関係の存在そのものが否定されることを理由に、刑法上の因果関係を否定する理論である。

(3) 相当性の判断基底

相当因果関係説においては、因果経過の相当性をいかなる事情を基礎として判断するかが問題となる。

【相当因果関係説の相当性判断】 同18-18、同1-5（予1-7）★

	主観説	客観説	折衷説
意義	行為当時行為者が認識・予見していた事情及び行為者に認識・予見可能だった事情を基礎とする	行為当時存在したすべての事情及び一般人に予見可能だった行為後の事情を基礎とする	行為当時一般人に認識・予見可能だっ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する
批判	①因果関係の認められる場合が少なくなってしまう ②因果関係の問題と責任の問題を混同している	行為と結果の間に条件関係があれば因果関係を認める考え方とさほど変わらなくなってしまう	①因果関係の有無を判断するに当たり、基礎事情を十分に把握し得ない ②因果関係の問題と責任の問題を混同している

4. 判例の検討

(1) 判断基準

判例は、「行為自体の危険性が結果へと現実化したものと認められる場合には、行為と結果の間の因果関係を肯定し、そうでない場合にはこれを否定する。行為の危険性は、行為時に存在した全事情を基礎に判断する。」という基準により因果関係を判断している。同21-2

(2) 被害者の特殊事情

被害者に特殊な事情（病的素因）が存在したために、それがなければ死亡しない程度の暴行によって、被害者が死亡した場合、判例は、被害者の特殊事情を考慮した上で、因果関係を肯定している（最判昭25.3.31）。同21-2、同28-5（予28-7）

【布団蒸し事件：最判昭46.6.17＝百選I No.8】

致死の原因たる暴行は、必ずしもそれが死亡の唯一の原因又は直接の原因であることを要するものではなく、たまたま被害者の身体に高度の病変があったため、これとあいまって死亡の結果を生じた場合であっても、当該暴行による致死の罪の成立を妨げない。このことは、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、致死の結果を予見することもできなかったものとしても妥当する。同19-12、同27-3、予29-1

(3) 被害者の行為の介入

行為者の行為後に被害者の行為が介入して、その被害者の行為が直接的な原因となって構成要件の結果が発生した場合、行為者の当初の行為によって被害者の行為がもたらされる一定程度の危険性が必要であり、それが結果へと実現したかが問題となる。

- ① 直接結果をもたらす原因となった被害者の行為に不適切さが認められる場合であっても、それが当初の行為者の行為によりもたらされたものであれば、当初の行為者の行為には、被害者の不適切な行為を生じさせる危険性があり、その危険が結果へと実現したと解することが可能となる。同21-2、予29-1

【被害者の不適切な行動①（柔道整復師事件）：最決昭63.5.11】

風邪気味の被害者に診療を頼まれた柔道整復師が、熱を上げること、水分食事を控えること等の病状悪化の危険のある指示をなし、これに従った被害者の病状が次第に悪化したのになお従来通りの指示をくり返し、被害者が医師の診療を受けることもなくこの指示

この指示のみに忠実に従ったため死亡するに至った場合、**当該柔道整復師の行為と被害者の死亡との間には因果関係がある。**

【被害者の不適切な行動②（夜間潜水事件）：最決平4.12.17＝百選 I No.12】

海中における夜間潜水の講習指導中、指導者が不用意に受講生らのそばから離れて同人らを見失い、受講生が圧縮空気タンク内の空気を使い果たしてでき死するに至った事故について、右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極めて浅かったことなどの本件の事実関係の下においては、指導補助者及び受講生の不適切な行動が介在したとしても、**指導者の当該行為と受講生の死亡との間には因果関係がある。** 同26-5（予26-9）

【被害者の不適切な行動③：最決平16.2.17＝平16重判No.1】

甲がVの腹部をナイフで突き刺して内臓損傷の重傷を負わせたところ、Vは救急病院に搬送されて緊急手術を受け、術後、いったん容体は回復した。ところが、意識を回復したVが、医師の指示に従わずに暴れたため、治療の効果が失われ、上記内臓損傷により死亡した。この場合、Vの内臓損傷がそれ自体死亡の結果をもたらし得るものであれば、**甲の刺突行為とVの死亡の結果との間の因果関係を肯定することができる。** 同19-12、同23-2、同28-5（予28-7）

- ② 被害者がそれ自体ではかなり危険な行為にあえて出た結果、そのことが原因で死亡した場合であっても、被害者の精神的な圧迫状態を考慮すると、そのような行為に出ることが異常なこととはいえないことがある。同19-12、同27-3

【被害者による高速道路への侵入：最決平15.7.16＝百選 I No.13】

暴行の被害者が現場からの逃走途中に高速道路に進入するという極めて危険な行動を採ったために交通事故に遭遇して死亡したとしても、その行動が、長時間激しくかつ執ような暴行を受け、極度の恐怖感を抱いて、必死に逃走を図る過程で、とっさに選択されたものであり、暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったとはいえないなど判示の事情の下においては、**上記暴行と被害者の死亡の間には因果関係がある。** 同23-2、同24-18（予24-6）

(4) 第三者の行為の介入

行為者の行為の後に第三者の行為が介入し、それにより構成要件の結果が発生した場合も、判例は、行為の危険性が結果に実現したかを基準としている。

例えば、当初の行為によって結果惹起にとって決定的な原因が作り出された場合、その後の経過が通常のものとはいえないとしても、行為の危険性が結果に実現したとの判断が可能となる。これに対して、当初の行為にそうした危険性が認められず、事後的に介入した第三者の行為こそが結果惹起にとって重要・決定的な寄与をした場合、そのような第三者の行為の介入をもたらす危険性が当初の行為に認められなければ、行為の危険性が結果へと実現したとはいえない。

ア. 第三者の過失行為の介入

第三者の過失行為が介入した場合、因果関係は肯定される。これは、第三者の不適切な行為が介入した場合も同様である。

【第三者の過失行為の介入①：最決昭49.7.5】

被告人が被害者を地上に突き倒し同人の大腿部、腰部などを地下足袋で数回踏みつけるなどの暴行を加え、同人に対し左胸痛（胸腔内血液貯留）、左大腿打撲症の傷害を負わせたところ、同人の胸腔内貯留液を消滅させるため医師が投与した薬剤の作用によりかねて同人の体内にあった未知の乾酪型の結核性病巣が滲出型に変化し、これが炎症を惹起して左胸膜炎を起し、これに起因する心機能不全のため同人が死亡した場合において、**被告人の暴行と被害者の死亡との間には因果関係がある。**

【第三者の過失行為の介入②：最決平16.10.19＝平16重判No.2】

甲が、乙の運転態度に文句を言い謝罪させるため、夜明け前の暗い高速道路の第3通行帯上に自車及び乙が運転する自動車を停止させた過失行為は、自車が走り去ってから7、8分後まで乙がその場に乙車を停止させ続けたことなどの乙ら他人の行動等が介在して、乙車に後続車が追突する交通事故が発生した場合であっても、上記行動等が甲の上記過失行為及びこれと密接に関連してされた一連の暴行等に誘発されたものであったなど判示の事情の下においては、**上記交通事故により生じた死傷との間に因果関係がある。**同23-2

【第三者の過失行為の介入③：最決平18.3.27＝百選I No.11】

甲は、夜間、見通しの悪い道路に無灯火のまま駐車させていた普通乗用自動車のトランク内に乙を監禁したところ、その自動車に、たまたま通り掛かった丙運転の自動車が丙の不注意により追突し、それによる傷害が原因で乙は死亡した。この場合、甲に**監禁致死罪**が成立する。同21-2、同23-2、同28-5（予28-7）

イ. 第三者の故意行為の介入

この類型には、その事情に応じて、因果関係を否定した判例（最決昭42.10.24＝百選I No.9）と肯定した判例（最決平2.11.20＝百選I No.10）がある。

【米兵ひき逃げ事件：最決昭42.10.24＝百選I No.9】

甲が自動車を運転中、自転車に乗ったVを跳ね飛ばして自動車の屋根に跳ね上げ意識を喪失させたが、Vに気付かないまま自動車の運転を続けるうち、自動車の同乗者がVに気付き、走行中の自動車の屋根からVを引きずり降ろして路上に転倒させた。その結果、Vは頭部に傷害を負って死亡したが、Vの死因である傷害が自動車との衝突の際に生じたものか、路上へ転落した際に生じたものかは不明であった。この場合、同乗者の行為は**経験上普通に予想できるところではないから、甲の行為とVの死亡の結果との間に因果関係を肯定することはできない。**同19-12、同21-2、予29-1

【大阪南港事件：最決平2.11.20＝百選I No.10】

甲がAに暴行を加え脳出血を発生させて意識消失状態にして、大阪南港の資材置場に運び放置したところ、Aは脳出血により死亡したが、Aは生存中何者かにより角材で頭部を殴打されており、これは**死期を若干早めたもの**であった。このように、甲の暴行によりAの死因となった傷害が形成された場合には、その後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、**甲の暴行とAの死亡との間には因果関係がある。**同23-2、同27-3、予29-1

(5) 行為者の行為の介入

行為者の行為の後に行為者の新たな行為が介入して結果が発生した場合、当初の行為の危険性が結果に実現したかによって判断される。

【行為者の過失行為の介入：大判大12.4.30＝百選 I No.15】

甲は、Aの頸部を細麻縄で絞め、死んだものと誤信して、犯行の発覚を防ぐ目的で海岸砂上に運び放置したところ、砂末吸引により死亡した。この場合、甲の死体遺棄行為は因果関係を遮断するものではなく、**頸部絞扼と死亡との間の因果関係は肯定される。** 同23-18

【行為者の故意行為の介入（熊撃ち事件）：最決昭53.3.22＝百選 I No.14】

人を熊と誤認して猟銃を2発発射し下腹部等に命中させて瀕死の重傷を負わせたという業務上過失傷害の罪と、誤射に気がつき殺意をいだいてさらに猟銃を1発発射し胸部等に命中させて即死させたという殺人の罪とは、併合罪の関係にある。同29-1

〈解説〉

この判例は、第2行為について殺人罪が成立することを否定できない以上、被害者の死を業務上過失致死罪と殺人罪とで二重評価することが許されないことから、**当初の過失行為と死の結果との因果関係を否定**したものである。

論文マテリアル

～因果関係の判断基準～ 論22、論25、論26、予23、予1

行為者に結果を帰責させるためには、行為自体の危険性が結果へと現実化したといえる必要がある。したがって、**行為自体の危険性が結果へと現実化したといえる場合に**、因果関係が認められることになる。

そして、行為自体の危険性が結果へと現実化したかどうかは、①**行為自体の危険性の大小**、②**介入事情の異常性の大小**、③**介入事情の結果への寄与度**を総合的に判断して決すべきである。