

第0部 もくじ

最高裁 → 最

高裁 → 東京、大阪、名古屋、広島、福岡、仙台、札幌、高松

罪数関係

&/～：牽連犯

=、^N：観念的競合

+、×N：併合罪

第0部	もくじ	1
	&/～：牽連犯	1
	=、^N：観念的競合	1
	+、×N：併合罪	1
第1部	刑法	5
第1編	総則	5
第1章	刑法の基礎理論	5
第1節	総説	5
第1款	総説	5
第2款	罪刑法定主義	6
第3款	犯罪論の体系	8
第2章	犯罪の積極的成立要件	9
第1節	主体	9
第1款	主体	9
第2節	実行行為	10
第1款	実行行為	10
第2款	間接正犯	12
第3節	結果	14
第1款	犯罪類型と結果	14
第2款	結果的加重犯等	16
第4節	因果関係	17
第1款	因果関係	17
第2款	介在事情と因果関係判断	18
第5節	不作為犯	24
第1款	不作為犯の意義と種類	24
第6節	故意・過失	27
第1款	故意	27

第2款 故意と錯誤	29
第3款 過失	33
第3章 違法性阻却事由	40
第1節 総論・正当行為	40
第1款 違法性と違法性阻却	40
第2款 法令行為・正当業務行為	43
第3款 被害者の同意（承諾）	45
第2節 正当防衛	48
第1款 総論	48
第2款 侵害の予期・自招侵害	54
第3款 過剰防衛	57
第4款 誤想防衛	58
第3節 緊急避難	62
第1款 総論	62
第2款 自招危難	64
第4章 責任阻却事由	65
第1節 責任阻却事由	65
第1款 総説	65
第2款 責任能力	67
第3款 原因において自由な行為	69
第4款 違法性の意識	72
第5章 未遂犯	75
第1節 未遂犯	75
第1款 総説	75
第2款 実行の着手	76
第3款 不能犯	78
第4款 中止犯	80
第6章 共犯	82
第1節 総説	82
第1款 共犯の類型	82
第2款 共同正犯	84
第3款 教唆犯・幫助犯	88
第4款 共犯と従属性	93
第2節 共犯の諸問題	96
第1款 共犯と身分	96
第2款 承継的共犯	99

第1款	共犯と故意・過失.....	104
第2款	共犯の諸問題	108
第7章	罪数	113
第1節	罪数論	113
第1款	犯罪の個数	113
第2款	数罪の処理	119
第8章	刑法の適用範囲	124
第1節	刑法の時間的適用範囲	124
第2節	刑法の場所的適用範囲	125
第2編	各則	126
第1章	生命・身体に対する罪.....	126
第1節	殺人罪	126
第2節	暴行罪・傷害罪	126
第3節	危険運転致死傷罪.....	126
第4節	凶器準備集合罪	126
第5節	過失致死傷罪	126
第6節	墮胎罪	126
第7節	遺棄罪.....	126
第2章	自由に対する罪	127
第1節	脅迫罪・強要罪	127
第2節	逮捕・監禁罪	127
第3節	略取・誘拐・人身売買罪	127
第4節	性的自由に対する罪.....	127
第3章	住居侵入罪	127
第4章	秘密・名誉に対する罪.....	127
第1節	秘密に対する罪	127
第2節	名誉に対する罪	127
第5章	信用・業務に対する罪.....	128
第6章	財産に対する罪	128
第1節	財産犯総論	128
第2節	窃盗罪.....	128
第3節	強盗罪	129
第4節	詐欺罪.....	129
第5節	恐喝罪	130
第6節	横領罪	130
第7節	背任罪.....	130

第8節	盗品等に関する罪.....	131
第9節	毀棄・隠匿罪	131
第7章	公共の安全に対する罪.....	131
第1節	総説.....	131
第2節	騒乱罪.....	131
第3節	放火罪・失火罪	131
第4節	往来妨害罪	131
第8章	偽造罪.....	132
第1節	通貨偽造罪	132
第2節	文書偽造罪	132
第1款	総説.....	132
第2款	公文書偽造罪	132
第3款	私文書偽造罪	132
第4款	電磁的記録不正作出罪.....	132
第3節	有価証券偽造罪等.....	132
第9章	風俗に対する罪	133
第1節	わいせつの罪	133
第2節	賭博及び富くじに関する罪	133
第3節	礼拝所及び墳墓に関する罪	133
第10章	内乱・外患・国交に関する罪	133
第11章	国家の作用に対する罪	133
第1節	公務の執行に対する罪.....	133
第2節	司法作用に対する罪.....	133
第3節	職権濫用罪	134
第4節	賄賂の罪	134

第1部 刑法

第1編 総則

第1章 刑法の基礎理論

第1節 総説

第1款 総説

1. 刑罰の目的に関する主要な見解を理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ 旧派＝応報刑論：刑罰とは犯罪に対する公益応報（罪を犯したから刑を科す）
 - * 科刑の基準：正義 → 犯人の側から見た刑罰の正当化
 - ∴ 犯罪は自由な意思で犯すもの（道義的責任・客観主義）
 - 自由な意思に基づく行動への非難が処罰根拠
 - ・ 新派＝目的刑論：刑罰は広い意味での犯罪防止の目的のために科される
 - * 科刑の基準：一般予防・特別予防 → 社会の側から見た刑罰の正当化（処罰範囲の拡大）
 - ∴ 犯罪には何らの外在的因子で決定されている（性格責任論・主観主義）
2. 刑の種類・内容について理解し、その概要を説明することができる。
 - ・
3. 法定刑、処断刑、宣告刑の意義について理解し、その概要を説明することができる。
4. 刑の執行猶予の趣旨及び要件を理解し、その概要を説明することができる。
5. 仮釈放の趣旨及び要件を理解し、その概要を説明することができる。

第2款 罪刑法定主義

1. 罪刑法定主義の内容

- ・ 法律主義 = 民主主義的要請
→いかなる行為が犯罪であるかどうかは国民自身はその代表を通じて決定する
- ・ 事後法の禁止 = 自由主義的要請
→犯罪は、国民の権利・行動の自由を守るため事前に成文法により明示されなければならない
- ・ 派生原理
 - * 慣習刑法の否定 ←法律主義
 - * 刑法の不遡及 ←事後法の禁止
 - * 絶対的不定期刑の禁止
 - * 類推解釈の禁止

2. 罰則は法律で定めなければならないとの法律主義の意義を理解し、命令への罰則の委任の限界及び条例における罰則制定の可否について、その概要を説明することができる。

・ 法律主義(憲 31)

憲 31 何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない

・ 命令への罰則の委任(憲 73:6)

- * 刑罰が科される行為の具体的内容を完全に委任する白地刑罰法規は違憲

【最大判昭 49.11.6 刑集 28-9-393】猿払事件(国交法 102-1 合憲)[S44 あ 1501]

・ 条例における罰則制定の可否(地自法 14-3)

- * 合憲：地方議会を通じた民主主義的要請の一応の実現、罰則の範囲も限定

【最大判昭 37.5.30 刑集 16-5-577】大阪市売春防止条例事件[S31 あ 4289]

【最大判昭 60.10.23 刑集 39-6-413】福岡県青少年保護育成条例事件[S57 あ 621]

3. 刑法で類推解釈が許されないことの趣旨を理解し、類推解釈と拡張解釈の限界について、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 類推解釈の禁止：罪刑法定主義(法律主義)の枠を踏み外してしまうから
- ・ 拡張解釈：言葉の「可能な意味」の範囲や法文の語義から許容できる範囲
→言葉の本来の意味からの距離と処罰の必要性の衡量によって判断すべき

【最決平 8.3.19 刑集 50-4-307】大分県漁業調整規則違反事件

「いわし・あじ・さばまき網漁業」の許可で、それ以外の魚を採ったらすべて可罰的とは言えないが、いさきは地付きの高級魚である等の事情から可罰的とした。

【最判平 8.2.8 刑集 50-2-221】鳥獣保護法違反事件（「捕獲」の意義）

洋弓銃でマガモ・カルガモに矢4本を発射したが、1本も当たらなかった事案につき、マガモ等の「弓矢を使用する方法による捕獲」を禁ずる鳥獣保護法に違反するとした。

【最決平 12.2.24 刑集 54-2-106】鳥獣保護法 16 条「人家稠密ノ場所」の意義

【最決平 9.9.30 刑集 51-8-671】医師法 17 条「医業」の意義

4. 遡及処罰（事後法）の禁止の意義について理解し、その概要を説明することができる。

- ・ 事後法の禁止(憲 39) → 実行行為時の刑より重い刑で処罰されることはない
 憲 39 前段 何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない
- 5. 罰則が広すぎるため、又は、あいまい不明確であるために違憲無効とされる理由とその要件について理解し、その概要を説明することができる。
- ・ 罪刑法定主義の実質化
 - * 明確性の理論：犯罪と刑罰は明確に定められていなければならない
 - ∴ 国民の予測可能性、法執行機関の処罰権濫用の防止
 - ← 当罰性の高い行為を処罰することによる国民の利益と比較衡量すべき
 - 【最大判昭 50.9.10 刑集 29-8-489】徳島市公安条例事件：主に憲法 31 条に対する合憲性
 条例の「交通秩序を維持すること」とする規定は、抽象的で「立法措置として著しく妥当を欠く」が、憲法 31 条に反するかは「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を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうか」で判断するべきであり、本条例は違憲ではない。
 - ・ 法文は 31 条違反ではないと判断した判例
 - 【最決平 8.2.13 刑集 50-2-236】銃刀法 3-1「刀剣類」(刃物)
 - 【最決平 10.7.10 刑集 52-5-297】食品衛生法 4:2「有害な物質」(アブラソコムツ)
 - 【最決平 20.7.17 判タ 1302-114】世田谷区清掃・リサイクル条例事件
 - * 過度の広範性の理論：不当に広い処罰範囲を定めるのは委縮効果を生じ無効
- 6. 罪刑均衡の要請について理解し、その概要を説明することができる。

第3款 犯罪論の体系

1. 構成要件該当性・違法性・責任という犯罪論の体系、それに従って犯罪の成否を判断することの意義について理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ 犯罪：構成要件に該当して、違法で、有責な行為
 - ・ 構成要件：処罰に値する違法で有責な行為の類型
 - 該当すると：原則として当該行為は違法で有責。
 - 例外的な場合が、違法性阻却・責任阻却
 - * 構成要件の分類
 - ・ 基本的構成要件：刑罰法規に示された犯罪類型から直接導かれる構成要件
 - ・ 修正された構成要件：総則の未遂規定や共犯規定で修正して得られる構成要件
 - ・ 閉じた構成要件：構成要件要素として禁止された行為がすべて記述されている構成要件
 - ・ 開かれた構成要件：構成要件の一部を補充する必要があるもの（「不法に」 (§220)等）
 - * 客観的構成要件の構成要素
 - ・ 行為
 - ・ 因果関係
 - ・ 結果
 - ・ 違法性：客観的・具体的に悪い行為（その違法を上回るだけの利益があれば違法性阻却）
 - 処罰に値する程度の客観的な法益侵害又はその危険
 - ・ 責任：主観的・具体的に悪い行為（責任非難が向け得ないなら責任阻却）
 - * 責任主義：客観的に構成要件に該当する違法な行為であっても、主観的に行為者を批難しえない場合には処罰しないこと
 - * 心理的責任論：行為者の心理状態としての故意・過失として責任を理解する
 - * 規範的責任論：義務違反の評価を中心に責任を理解する（非難可能性）＝通説

第2章 犯罪の積極的成立要件

第1節 主体

第1款 主体

1. 業務主(自然人・法人)処罰規定の適用要件について理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ 犯罪の主体：人一般 → 従来は自然人を前提としていた
 - ・ 法人処罰：両罰規定に基づき行政刑法でなされている
→「個人責任なくば企業責任なし」
 - ・ 両罰規定：個人を処罰する場合にあわせて事業主も処罰するもの

【最決平 7.7.19 刑集 49-7-813】代表取締役に対する適用罰条[H4 あ 129]

建設業法違反(虚偽事実に基づく許可)：代取につき、有罪(本条のみ)→棄却(両罰規定も適用すべき)

「本件において、虚偽の事実に基づいて建設業法三条一項の許可を受けた者は有限会社浜田塗装工業であり、被告人は、同社の代表取締役として、同社の業務に関し、右違反行為をしたのであるから……建設業法四八条に「その行為者を罰するほか」とあることにより、同法四五条一項三号の罪の行為者として処罰されるものと解すべきである。したがって、原判決が被告人の本件行為に対しては同法四八条を適用すべきでないとしているのは誤りであるが、この違法をもって原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものとは認められない(最決昭 55.10.31[S54 あ 1451]、最決昭 55.117[S54 あ 1257]参照)」

* 選任監督上の義務違反

- ・ 両罰規定は、行為者らの選任監督その他違反行為を防止するための注意義務違反の推定
→ 検察の立証は不要で、事業主が積極的に特別の事情を立証すれば処罰を免れる
→ 法人の犯罪能力(行為能力)を前提とする
× 行為者の違反行為に関する事業主の過失推定

【最大判昭 32.11.27 刑集 11-12-3113】両罰規定の法意[S26 れ 1452]

入場税法違反(キャバレーで徴収した入場税のほ脱)：有罪→棄却

廃止前入場税法 17/3(両罰規定)につき、「同条は事業主たる、人の「代理人、使用人其ノ他ノ従業者」が入場税を遁脱しまたは遁脱せんとした行為に対し、事業主として右行為者らの選任、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つた過失の存在を推定した規定と解すべく、したがって事業主において右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得ないとする法意」

【最判昭 40.3.26 刑集 19-2-83】両罰規定の法意[S38 あ 1801]

外国為替及び外国貿易管理法違反：有罪→上告(両罰規定は従業者の違反行為に関する事業主の過失推定で憲 31 違反)：棄却

「事業主が人である場合の両罰規定については、その代理人、使用人その他の従業者の違反行為に対し、事業主に右行為者らの選任、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つた過失の存在を推定したものであつて、事業主において右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得ないとする法意……右法意は、本件のように事業主が法人(株式会社)で、行為者が、その代表者でない、従業者である場合にも、当然推及されるべき」

【東京高判平 11.11.18 東高刑時報 50-1=12-130】選任監督義務違反の積極的立証は不要

第2節 実行行為

第1款 実行行為

1. 実行行為の意義を理解し、具体的事例に即して説明することができる。

・「行為」の意義

＊人の身体の動静(戦前)

＊有為的行為論(戦後)：意思に基づく身体の動静

＊目的的行為論(ヴェルツェル)：目的的意思に基づく行為(不作為は除く)

・「実行行為」の意義：各構成要件が予定する行為

→結果犯：犯罪類型ごとに定められた、結果を発生させる危険性を持った行為

※不能犯：形式上実行行為を開始したが、結果も処罰に値する危険性も発生しないため、

類型的に実行行為性を欠く場合

・実行行為の機能

→構成要件の類型化、実行の着手の判断、正犯性の基準

・実行行為の一個性の判断：客観的行為の一体性・殺意の継続性

＊第1行為で着手あり ← 第1行為の危険性＋密接行為性＋第1行為時の故意の存在

・密接行為性 ← 必要不可欠性、遂行容易性、時間的・場所的近接性

【最決平 16.3.22 刑集 58-3-187】クロロホルム事件[H15 あ 1625]

殺人＋詐欺³＋詐欺：A(妻)B 無期懲役／棄却／棄却

事実：クロロホルムで失神させ(第1行為)、石巻港に車ごと転落させたが(第2行為)、死因が溺死・クロロホルムによる呼吸停止等が特定できなかった。「第1行為自体によってVが死亡する可能性があるとの認識を有していなかった。しかし、客観的にみれば、第1行為は、人を死に至らしめる危険性の相当高い行為であった」

判示「実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上、その失神状態を利用して、Vを港まで運び自動車ごと海中に転落させて死させるというものであって、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、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、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、実行犯3名が第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から、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。また、実行犯3名は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上自動車ごと海中に転落させるという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、たとえ、実行犯3名の認識と異なり、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ことなく、実行犯3名については殺人既遂の共同正犯が成立する」

【名古屋高判平 19.2.16 判タ 1247-342】殺害前の自動車衝突行為に着手認定[H17 う 412]

殺人未遂＋銃刀法違反：傷害＋銃刀法違反[心神耗弱]懲役2年10月／破棄自判・殺人未遂(中止)＋銃刀法違反[心神耗弱]で懲役3年猶予5年

公道上を歩行中の被害者を発見し、同女に低速の自動車を衝突させて転倒させた上で所携の包丁でその身体を突き刺して殺害するとの意図の下に、歩行中の同女の右斜め後方から被告人運転の自動車前部を時速約20キロメートルで衝突させて同女を同車のボンネット上に跳ね上げる等して同女に傷害を負わせたものの、刃物で突き刺すことを翻意して中止し、殺害の目的を遂げなかったもの

「被告人は、自動車を被害者に衝突させて同女を転倒させ、その場で同女を刃物で刺し殺すという計画を立てて

いたところ、その計画によれば、自動車と同女に衝突させる行為は、同女に逃げられることなく刃物で刺すために必要であり、そして、被告人の思惑どおりに自動車を衝突させて同女を転倒させた場合、それ以降の計画を遂行する上で障害となるような特段の事情はなく、自動車を衝突させる行為と刃物による刺突行為は引き続き行われることになっていたのであって、そこには同時、同所といってもいいほどの時間的場所的近接性が認められることなどにも照らすと、自動車を同女に衝突させる行為と刺突行為とは密接な関連を有する一連の行為というべきであり、被告人が自動車を同女に衝突させた時点で殺人に至る客観的な現実的危険性も認められるから、その時点で殺人罪の実行の着手があったものと認めるのが相当である」

＊殺意の継続＋行為の時間的近接性＋必要不可欠性など

【東京高判平 13.2.20 判時 1756-162】ベランダから落下死亡した例[H12 う 2217]

包丁で被害者を突き刺した後、ベランダの手すり伝いに隣室に逃げ込もうとした同人を、部屋に連れ戻してガス中毒死させようとして掴みかかり、転落死させたもの（殺人：懲役 10 年／棄却／不明）

「被告人は、刺突行為を終え、本件包丁を流しに戻した後も、被害者を自己の支配下に置いておけば出血多量により死に至るものと思っていたため、被害者が玄関から逃げようとするのを連れ戻し、また、ベランダから逃げようとした被害者を連れ戻してガス中毒死させようと考えて、掴まえようとした……刺突行為により相当の出血をしている被害者が、地上からの高さが約二四・一メートルもあるベランダの手すり伝いに逃げようとしたのも、このまま被告人の監視下にあれば死んでしまうと考え、命がけで行った行為と解される。そうすると、被告人の犯意の内容は、刺突行為時には刺し殺そうというものであり、刺突行為後においては、自己の支配下に置いて出血死を待つ、更にはガス中毒死させるというものであり、その殺害方法は事態の進展に伴い変容しているものの、殺意としては同一といえ、刺突行為時から被害者を掴まえようとする行為の時まで殺意は継続していた」

「次に、ベランダの手すり上にいる被害者を掴まえようとする行為は、一般には暴行にとどまり、殺害行為とはいえないが、本件においては、被告人としては、被害者を掴まえ、被告人方に連れ戻しガス中毒死させる意図であり、被害者としても、被告人に掴まえられれば死に至るのは必至と考え、転落の危険も省みず、手で振り払うなどして被告人から逃れようとしたものである。また、刺突行為から被害者を掴まえようとする行為は、一連の行為であり、被告人には具体的内容は異なるものの殺意が継続していたのである上、被害者を掴まえる行為は、ガス中毒死させるためには必要不可欠な行為であり、殺害行為の一部と解するのが相当であり、本件包丁を戻した時点で殺害行為が終了したものと解するのは相当でない。更に、被告人の被害者を掴まえようとする行為と被害者の転落行為との間に因果関係が存することは原判決が判示するとおりである。以上によれば、被告人が殺人既遂の罪責を負うのは当然である」

第2款 間接正犯

1. 間接正犯の意義を理解し、強制され、又は欺かれた被害者の行為を利用する事例や第三者の行為を利用する事例等についてそれを具体的に当てはめ、判断することができる。

- ・間接正犯：人を「道具」として犯罪を実行する場合

- * 直接正犯と同視しうる結果発生危険性を有する行為を行うこと＋正犯者意思

- ←行為支配説：非利用者の行為を利用者が支配しているといえるか

- ←実行行為説：実行行為性が認められるかどうかの判断に帰着する

- ※自手犯：行為者自身の直接の実行が必要で、間接正犯は成立し得ない類型

- 例：虚偽公文書作成罪(§156・§157の存在)、道交法の無免許運転罪

- ・間接正犯となる例

- 【最決平 16.1.20 刑集 58-1-1】自殺を装って海に飛び込ませたもの[H14 あ 973]

- 公正証書原本不実記載&同行使＋殺人未遂：懲役6年／棄却／棄却

- 自殺させて保険金を取得する目的で被害者に命令して岸壁上から自動車ごと海中に転落させたもの

- 「被告人は、事故を装い被害者を自殺させて多額の保険金を取得する目的で、自殺させる方法を考案し、それに使用する車等を準備した上、被告人を極度に畏怖して服従していた被害者に対し、犯行前日に、漁港の現場で、暴行、脅迫を交えつつ、直ちに車ごと海中に転落して自殺することを執ように要求し、猶予を哀願する被害者に翌日に実行することを確約させるなどし、本件犯行当時、被害者をして、被告人の命令に応じて車ごと海中に飛び込む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ていた……被告人は、以上のような精神状態に陥っていた被害者に対して、本件当日、漁港の岸壁上から車ごと海中に転落するように命じ、被害者をして、自らを死亡させる現実的危険性の高い行為に及ばせたものであるから、被害者に命令して車ごと海に転落させた被告人の行為は、殺人罪の実行行為に当たる」「被害者には被告人の命令に応じて自殺する気持ちはなかったものであって、この点は被告人の予期したところに反していたが、被害者に対し死亡の現実的危険性の高い行為を強いたこと自体については、被告人において何ら認識に欠けるところはなかったのであるから、上記の点は、被告人につき殺人罪の故意を否定すべき事情にはならない……本件が殺人未遂罪に当たるとした原判決の結論は、正当」

- ・責任無能力者の利用

- 【最決昭 58.9.21 刑集 37-7-170】お遍路さん事件(12歳)[S58 あ 537]

- 窃盗×13：懲役3年／棄却／棄却

- 「被告人は、当時一二歳の養女紀美を連れて四国八十八ヶ所札所等を巡礼中、日頃被告人の言動に逆らう素振りを見せる都度顔面にタバコの火を押しつけたりドライバーで顔をこすつたりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせていた同女に対し、本件各窃盗を命じてこれを行わせたというのであり、これによれば、被告人が、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている同女を利用して右各窃盗を行つたと認められるのであるから、たとえ所論のように同女が是非善悪の判断能力を有する者であつたとしても、被告人については本件各窃盗の間接正犯が成立すると認めるべき」

- 【大阪高判平 7.11.9 判時 1569-145】加美北公園窃盗事件(10歳)[H7 う 614]

- 窃盗＋住居侵入&窃盗＋窃盗[再犯]：懲役2年／棄却[確定]

- 「一平は、事理弁識能力が十分とはいえない一〇歳（小学五年生）の刑事未成年者であったのみならず、所論が指摘するような、直ちに大きな危害が被告人から加えられるような状態ではなかったとしても、右の一平の年齢からいえば、日ごろ怖いという印象を抱いていた被告人からにらみつけられ、その命令に逆らえなかったのも無理からぬものがあると思われる。そのうえ本件では、一平は、被告人の目の前で四、五メートル先に落ちているバッグを拾ってくるよう命じられており、命じられた内容が単純であるだけにかえってこれに抵抗して被告人の

支配から逃れることが困難であったと思われ、また、一平の行った窃盗行為も、被告人の命令に従ってとっさに、機械的に動いただけで、かつ、自己が利得しようという意思もなかったものであり、判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかった……のような状況の下で、被告人は、前記事実誤認の論旨に対する判断の際に述べた理由から【119番通報しにいった女性の目撃が一平は誰にも言わないと思ったからか】、自己が直接窃盗行為をする代わりに、一平に命じて自己の窃盗目的を実現させたものである。以上のことを総合すると、たとえ一平がある程度是非善悪の判断能力を有していたとしても、被告人には、自己の言動に畏怖し意思を抑圧されているわづか一〇歳の少年を利用して自己の犯罪行為を行ったものとして、窃盗の間接正犯が成立する」

【最決平 13.10.25 刑集 55-6-519】 刑事未成年との共同正犯(12歳 10月)[H12 あ 1859]

強盗(共同正犯)：懲役3年8月／棄却／棄却

スナックのホステスが同スナックの経営者C子から金品を強取しようと企て、自宅にいた長男B(当時12歳10か月、中学1年生)に覆面をしエアガン突き付けて脅迫するなどの方法により同女から金品を奪い取ってくるよう指示・説得し、覆面用のビニール袋、エアガン等を交付、Bがこれを用いて被告人から指示された方法により同女を脅迫したほか、自己の判断により、同スナック出入口のシャッターを下ろしたり、脅迫してスナック内のトイレに閉じ込めたりするなどしてその反抗を抑圧し、現金約40万1000円及びショルダーバッグ1個等を強取した。被告人は、自宅に戻って来たBからそれらを受け取り、現金を生活費等に費消した。

「本件当時Bには是非弁別の能力があり、被告人の指示命令はBの意思を抑圧するに足る程度のもではなく、Bは自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂した……これらの事情に照らすと、所論のように被告人につき本件強盗の間接正犯が成立するものとは、認められない。そして、被告人は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、Bに対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、Bが奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、被告人については本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立する」

・被利用者に関する諸問題

* 過失犯の利用：看護師の不注意を利用して医師が患者を殺害するなど

→看護師も業過致死が成立しうるが、医師も死の危険を実質的に支配しているから間接正犯

* 異なる故意犯の利用：XがAに劇薬を堕胎薬と偽ってVに投薬させて殺害する場合

→Aも不同意堕胎罪が成立しうるが、Xは不同意堕胎教唆ではなく殺人の間接正犯

∴風邪薬と偽った場合と同様に扱うべき

* 目的なき故意ある道具：XがAに行使目的を隠して偽札を作らせた場合

→Aは行使目的を欠くので無罪、Xは通貨偽造罪の間接正犯

←間接正犯否定説：Xは通貨偽造教唆、Aは通貨偽造幫助 ←正犯なき共犯、Aは故意なし

* 身分なき故意ある道具：公務員Xが妻Aに賄賂を受け取らせた場合

→Aの関与の程度により、XAとも収賄共同正犯か、X収賄間接正犯、A同幫助

←Aが非身分者であることを重視：X収賄間接正犯、A同幫助

* 故意ある幫助的道具（被利用者が犯罪を認識しているが、手足に過ぎない場合）

【最判昭 25.7.6 刑集 4-7-1178】食糧管理法違反(米を運ばせた社長が正犯)

・その他

【最決平 9.10.30 刑集 51-9-816】コントロールドデリバリー(輸入者を間接正犯として既遂)

第3節 結果

第1款 犯罪類型と結果

1. 行為の客体と保護法益の違いについて理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・行為の客体：構成要件で示される犯罪の客体となるもの
 - * 被害者：犯罪によって害を被った者(刑訴 230)で、客体より広い
- ・保護法益：その行為を処罰することで保護しようとする法益
 - * 一致することが多いが、ずれる場合もある
 - ・一致：殺人罪の「人」(人の生命)、窃盗罪の「他人の財物」(他人の財産)
 - ・ずれ：公務執行妨害罪の「公務員」と「公務(国家法益)」

2. 侵害犯と危険犯の概念について理解し、具体的犯罪に即して説明することができる。

- ・結果犯と挙動犯
 - * 結果犯：行為と結果を明示的に要求するもの
 - * 挙動犯(単純行為犯)：行為だけで成り立っているようにみえる構成要件
例：偽証罪 ← 行為が法益侵害ないしそのおそれを伴っている
- ・実質犯と形式犯、侵害犯と危険犯
 - * 実質犯：法益侵害又はその危険を発生させる犯罪
 - ・侵害犯：法益が現実侵害されることを要する犯罪
 - ・危険犯：法益侵害の危険だけで足りる犯罪
 - 具体的危険犯：条文上危険の発生が要件となっているもの
 - 抽象的危険犯：条文上危険の発生が要件となっていないもの
 - ※ 実際は、現実的具体的危険を必要とするか、抽象的危険で足りるかの違いである
 - * 形式犯：法益侵害の危険すら不要で、形式的に法規に違反するだけで成立する犯罪
← このような類型は本当にあるのか？ 危険性がある場合のみ処罰すべきでは？

【最大判昭 35.1.27 刑集 14-1-33】HS 式高周波治療事件 [S29 あ 2990]

一審有罪→控訴棄却→上告：破棄差戻し→差戻し控訴：棄却→差戻し上告：棄却

「医業類似行為を業とすることが公共の福祉に反するのは、かかる業務行為が人の健康に害を及ぼす虞があるからである。それ故前記法律が医業類似行為を業とすることを禁止処罰するのも人の健康に害を及ぼす虞のある業務行為に限局する趣旨と解しなければならないのであつて、このような禁止処罰は公共の福祉上必要であるから前記法律一二条、一四条は憲法二二条に反するものではない。しかるに、原審弁護人の本件HS式無熱高周波療法はいささかも人体に危害を与えず、また保健衛生上なら悪影響がないのであるから、これが施行を業とするのは少しも公共の福祉に反せず従つて憲法二二条によつて保障された職業選択の自由に属するとの控訴趣意に対し、原判決は被告人の業とした本件HS式無熱高周波療法が人の健康に害を及ぼす虞があるか否かの点についてはなんら判示するところがなく、ただ被告人が本件HS式無熱高周波療法を業として行つた事実だけで前記法律一二条に違反したものと即断したことは、右法律の解釈を誤つた違法があるか理由不備の違法があり」破棄。

3. 継続犯と状態犯の違いを理解し、犯罪の終了時期について、具体的犯罪に即して説明することができる。

- ・即成犯：殺人罪など
= 一定の法益侵害及び危険の発生によつてただちに犯罪が完成し、法益侵害状態も終了するもの

- ・ 状態犯：窃盗罪など
＝一定の法益侵害の発生によって犯罪は終了するが、それ以降も犯罪事実を構成しない法益侵害状態が継続するもの（以降の法益侵害は別個に罰されない＝不可罰的事後行為）
- ・ 継続犯：監禁罪など
＝一定の法益侵害の状態が継続する間、その犯罪の継続が認められるもの
- ・ 犯罪の終了時期
 - * 即成犯・状態犯：一定の法益侵害の発生で終了する
 - * 継続犯：一定の法益侵害の継続が終了してはじめて終了する

4. 処罰に値する結果

- ・ 結果があまりに軽微で処罰に値しない場合
 - * 構成要件に該当するが、可罰的違法性が欠けるとして違法性阻却
←面倒ではないか
 - * 構成要件に該当しない

【大判明 43.10.11 刑録 16-1620】一厘事件

【最判昭 26.3.15 刑集 5-4-512】警察犯処罰令との関係[S23 頁 221]

警察犯処罰令「二条二九号において「他人の田野園圃ニ於テ菜果ヲ採摘シ、又ハ花卉ヲ採折シタル者」は「三十日未満ノ拘留又ハ二十円未満ノ科料ニ処ス」る旨を規定している。この警察犯処罰令の規定は、軽微な犯罪を対象とし、被害法益の零細軽微なものに対して警察的取締をすることを目的とするものであることは、前記の法条の字句に照らしても又立法の沿革に徴しても明白である。窃盗罪との区別は被害法益の大小軽重によつて決すべきものとするが妥当である。その被害法益が「財物」として保護さるべき程度に達するときは窃盗罪を構成し、然らざるときは警察犯としての野荒しとなるのである。結局は社会通念に従つて裁判官が判定すべき事柄である。そこで本件について見るに、上告趣意に明らかなように被告人は、夜間午後八、九時頃、南京袋に入れて、自転車に積んで、畑の中のジャガイモ五、六貫目位宛を二回盗取したのである。国民のすべてが食糧難に苦しんだ本件犯行の昭和二年七、八月当時においては、馬鈴薯は主食の一部として取扱われている程であつて、五貫目、十貫目の馬鈴薯がもつ経済的価値は相当高く評価さるべきであつた。従つて、かかる被害法益が刑法二三五条の「財物」として保護さるべき程度のものであることは疑を容れない」（窃盗：有罪→棄却）

- * 価値が微少で構成要件に該当しないとした例

【最判昭 30.11.11 刑集 9-12-2420】たばこ 5 本の不法所持(たばこ専売法 66-1 違反不成立)

【最判昭 32-3-28 刑集 11-3-1275】たばこ買い置き行為(たばこ専売法 77:5 違反不成立)

- * 有罪とされた例

【最決昭 61.6.24 刑集 40-4-292】マジックホン事件[S58 頁 555]

有線電気通信法違反＝偽計業務妨害：無罪(違法性阻却)→罰金 3 万円→棄却

「被告人がマジックホンと称する電気機器一台を加入電話の回線に取り付けた本件行為につき、たとえ被告人がただ一回通話を試みただけで同機器を取り外した等の事情があつたにせよ、それ故に、行為の違法性が否定されるものではないとして、有線電気通信妨害罪、偽計業務妨害罪の成立を認めた原判決の判断は、相当」

(大内補足) 反対意見への反論

(谷口反対) 処罰相当性を欠き、構成要件に該当しない

第2款 結果的加重犯等

1. 結果的加重犯の意義について理解し、具体的犯罪に即して説明することができる。

・ 結果的加重犯

＝故意の内容を超過した思い結果を生ぜしめた行為を、本来の故意判より重く罰する犯罪類型

＊ 重い結果への故意は不要。予見可能性の必要性は？

・ 不要説(判例・有力) ∵ 基本となる犯罪行為から当然予想される波及効果

・ 必要説(多数) ∵ 責任主義に反する

← 重い結果を発生させる危険性を内包する犯罪行為ゆえ、予見可能性は通常あるのでは？

【最判昭 32.2.26 刑集 11-2-906】結果的加重犯における過失の必要性[S29 あ 3604]

夫婦喧嘩の末夫が妻を仰向けに引き倒して馬乗りとなり両手でその頸部を圧迫する等の暴行を加え、因つて特異体質である妻をシヨツク死するに至らしめたもの

「傷害罪の成立には暴行と死亡との間に因果関係の存在を必要とするが、致死の結果についての予見を必要としないこと当裁判所の判例とするところであるから（最判昭 26.9.20）、原判示のような因果関係の存する以上被告人において致死の結果を予め認識することの可能性ある場合でなくても被告人の判示所為が傷害致死罪を構成することというまでもない」

2. 犯罪の成否に関しない、処罰に関係する事情

・ 客観的処罰条件：その事情が生じないと処罰されないが、犯罪の成否には関連しないもの

例：事前収賄罪(§197-2)の公務員等になったこと、破 374 の破産宣告確定など

＊ 構成要件ではなく、政策的な要件 → 存在すれば、故意も過失も不要

・ 処罰阻却事由：犯罪の成否には影響しないが、処罰を否定する事情

例：親族相盗例(§244-1 前段)の親族関係

＊ 政策的なもののゆえ(違法性・有責性と無関係)、故意・過失は不要

第4節 因果関係

第1款 因果関係

1. 実行行為と結果との間に必要となる因果関係の意義について理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ 因果関係：実行行為と構成要件の結果の発生について、結果が発生した時点で評価した、実行行為と結果の間の客観的な「原因と結果」の関係(客観的帰責)
 - ・ 条件関係：「あれなくばこれなし」
 - * 択一的競合：ABがVに対して発砲し、両方が同時に命中してVが死亡した場合
←Aの発砲もBの発砲も両方なければ死亡しない
 - * 仮定的因果関係：Aが死刑執行人Bを押しつけて死刑執行ボタンを押しVが死亡した場合
←押しのけた時点でVがBによって死亡する危険はなくなっている
2. 因果関係を認めるために必要となる実行行為と結果との間の事実的な関係について、その内容を理解し、具体的事例に即してその存否を判断することができる。
 - ・ 条件説(同等説・等価説)：条件関係があれば刑法上の因果関係を肯定する
←結果的加重犯の処理、因果関係の錯誤
 - ・ 相当因果関係説
＝一般人の社会生活上の経験に照らし、通常その行為からその結果が発生することが相当か
 - * 相当性の判断基準：以下の判断資料をもとに、行為時において一般人を基準に判断する
 - ・ 客観説：行為時の全事情＋行為時に予見可能な行為後の事情
 - ・ 主観説：行為時に行為者が認識し又は認識しえた事情
 - ・ 折衷説：行為時に一般人が知り得いた事実＋行為者が特に知っていた事情
 - ・ 客観的帰属論(客観的帰責論)：違法連関(結果回避可能性)＋保護範囲
 - * 保護範囲論：実行行為の有した危険が結果の中に実現したか(介在事情の判断)

【最決昭 42.10.24 刑集 21-8-1116】駐留軍兵士のひき逃げ事件[後掲 S42 あ 710]

「右のように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るというがごときことは、経験上、普通、予想しえられるところではなく、ことに、本件においては、被害者の死因となつ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というのであつて、このような場合に被告人の前記過失行為から被害者の前記死の結果の発生することが、われわれの経験則上当然予想しえられるところであるとは到底いえない」

第2款 介在事情と因果関係判断

1. 実行行為から結果発生までの間に介在する諸事情(被害者の素因、被害者の行為、第三者の行為、犯人の行為など)の因果関係判断における意義を評価し、具体的事例に即して因果関係の存否を判断することができる。

・介在事情の判断

- * 実行行為に存する危険性の大小：大(認定しやすい)⇔小(認定しにくい)
- * 介在事情の特殊性・実行行為との関連性の大小：大(認定しやすい)⇔小(認定しにくい)
←介在事情が、実行行為との関係で通常といえるか(誘発されていれば通常)
- * 介在事情の結果への寄与の大小

2. 被害者の素因：行為者の行為と特殊事情が相まって結果を生じたときは因果関係肯定

【最判昭 25.3.31 刑集 4-3-469】蹴りつけたら脳梅毒により死亡[S24 ね 2831]

賭博で負けた被害者が掛け金を払わずに帰ろうとしたため、激昂した被告人が被害者「の立上ろうとした処を右足で同人の左眼の部分に蹴付け、これが爲予て脳梅毒に罹つていた同人(当時五十六年)の脳の組織を一定程度崩壊せしめ、その結果」3日後に死亡させたもの(常習賭博+傷害致死<酌量減輕>：懲役1年2月→棄却)

「被告人の暴行もその与えた傷創もそのものだけは致命的なものではないが(菊山医師は傷は一〇日位で癒るものだと述べている)被害者登竜は予て脳梅毒にかかつて居り脳に高度の病的変化があつたので顔面に激しい外傷を受けたため脳の組織を一定程度崩壊せしめその結果死亡するに至つたものである……鑑定により被告人の行為によつて脳組織の崩壊を来したものであること従つて被告人の行為と被害者の死亡との間に因果関係を認めることができるのであつてかかる判断は毫も経験則に反するものではない。又被告人の行為が被害者の脳梅毒による脳の高度の病的変化という特殊の事情さえなかつたならば致死の結果を生じなかつたであろうと認められる場合で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つたとしてもその行為がその特殊事情と相まって致死の結果を生ぜしめたときはその行為と結果との間に因果関係を認めることができる」

【最決昭 36.11.21 刑集 15-10-1731】突き飛ばしたら心筋梗塞で死亡[S35 あ 2042]

被害者の着用していたワイシャツの襟を両手でつかんで強く首を締めつけたうえ、突き飛ばして転倒させるなどの暴行を加え、よつて即時同所において、かねて心臓に高度の肥大を存する等高度重篤な病変のあつた同人をして右暴行に起因する心筋梗塞のため死亡するに至らしめたもの(傷害致死：懲役3年猶予3年/棄却/棄却)

「ある行為が他の事実と相まって結果を生ぜしめたときでも、その行為と結果との間に因果関係を認めることは妨げないから(最判昭 22.11.14 参照)、本件事実関係の下において、被告人の暴行と被害者の死亡との間に因果関係は中断されたものとは認められない」

【最判昭 46.6.17 刑集 25-4-567】布団で顔面を覆ったら心臓疾患があり死亡[S45 あ 1070]

強盗致死+私文書偽造&同行使&詐欺(酌量減輕)：懲役12年/強盗と認定し懲役8年/破棄差戻し

金員に窮し、前家主の妻Aに対し支払済みの賃料の返還を要求して拒絶され、Aをおおむけに倒して左手で頸部を絞めつけ、右手で口部を押さえ、さらにその顔面を夏布団でおおい、鼻口部を圧迫するなどしたところ、この暴行と被害者の重篤な心臓疾患という特殊事情が相俟つて死亡したもの

「被害者前田畠の死因は、被告人の同判決判示の暴行によつて誘発された急性心臓死であるというのであり……致死の原因たる暴行は、必らずしもそれが死亡の唯一の原因また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つたため、これとあいまって死亡の結果を生じた場合であつても、右暴行による致死の罪の成立を妨げない……(最判昭 22.11.4、同 25.3.31、最決昭 32.3.14、同 36.11.21)の示すところであるから、たとい、原判示のように、被告人の本件暴行が、被害者の重篤な心臓疾患という特殊の事情さえなかつたならば致死の結果を生じなかつたであろうと認められ、しかも、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、致死の結果を予見することもできなかつたものとしても、その暴行がその特殊事情とあいまって致死の結果を生ぜしめたものと認められる以上、その暴行と致死の結果との間に因果関係を認める余地があるといわなければならない。したがって、被害者前田亙の死因が被告人の暴行によつて誘発された急性心臓死であることを是認しながら、両者の間に因果関係がないとして、強盗致死罪の成立を否定した原判決は、因果関係の解釈を誤り、所論引用の前示判例と相反する判断をしたもの」

3. 第三者の行為：医療過誤や他者の過失：原則として因果関係肯定

【最決昭 35.4.15 刑集 14-5-591】桜木町事件[S30 あ 563]

業過致死傷：5名禁固1年～1年6月、1名無罪／有罪5名破棄自判(短縮)、無罪1名棄却／棄却

「特定の過失に起因して特定の結果が発生した場合に、これを一般的に観察して、その過失によつてその結果が発生する虞のあることが実験則上予測される場合においては、たとえ、その間に他の過失が同時に多数競合し或は時の前後に従つて累加的に重なり、又は他の何らかの条件が介在し、しかもその条件が結果発生に対して直接且つ優勢なものであり、問題とされる過失が間接且つ劣勢なものであつたとしても、これによつて因果関係は中断されず、右過失と結果との間にはなお法律上の因果関係ありといわなければならない」

【最決昭 49.7.5 刑集 28-5-194】投擲により未知の結核性病巣が発病して死亡[S49 あ 407]

傷害＋傷害致死：傷害×2で懲役6月猶予2年→傷害＋傷害致死で懲役1年6月猶予3年→棄却

被害者を地上に突き倒し同人大腿、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、左血胸（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つ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もの

「原判示の事実関係によれば、被告人の暴行と川中鶴三郎の死亡との間に因果関係を認めた原判決の判断は正当」

【東京高判昭 56.7.21 判タ 454-158】ABO 式不適合輸血があつても業過致死成立

【大阪高判昭 52.11.22 刑月 9-11=12-806】後続車による轢過[S52 う 310]

業過致死²＋道交法違反(ひき逃げ)：業過致傷とし有罪／業過致死とし禁固1年猶予3年(確定)

自車と衝突して路上に失神転倒した被害者をそのまま放置したため、同人とその横で泣いていたその妻が他車により轢過され死亡したもの（妻への業過致死は控訴せず）

事故発生時刻の現場は、往来が多い上、夜間降雨中で、「夜更けの国道上に人が横臥ないし座位の状態にいることは運転者にとり強い意外性をもつ事柄だけに、かかる障害物は見落し易いし発見遅延を生じるだけでなく、発見後の回避措置も遅れ勝ちになるものであり、現に本件時には二重、三重事故が発生していること等が認められ、これらの諸事情に徴すると、被告人の過失ある運転行為により受傷失神したBを前認定の諸条件下にある本件現場にそのまま放置する場合には、後続の通過車両により轢過される高度の危険性があると認められ、且つかかる事故発生は一般的にあり勝ちなこととして容易に予想しうる事態であるから、結局、被告人の過失ある運転行為とBの死亡との間には相当因果関係があるというべきである」として因果関係肯定

【大判昭 5.10.25 刑集 961】頭蓋骨骨折等の傷害を負わせたのち、雇人が川に投下で傷害致死

【最決昭 42.10.24 刑集 21-8-1116】駐留軍兵士のひき逃げ事件[S42 あ 710]

道交法違反(無免許運転)＋傷害致死＋道交法違反(救護義務違反)：懲役1年／棄却／棄却

運転中に自転車の被害者をはね、車の屋根上で意識喪失したのに気付かず運転していたが、4キロ余先で同乗者が気づいて時速約10kmの屋上から被害者をアスファルト舗装道路に引きずりおろし転落させたもの。被害者は自動車との衝突及び落下時の衝突で多数の打撲傷等を負い、頭部の打撲に基づく脳クモ膜下出血および脳実質内出血によつて死亡した。

「右のように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に転落させるというがごときことは、経験上、普通、予想しえらるるところではなく、ことに、本件におい

ては、被害者の死因となつ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というのであつて、このような場合に被告人の前記過失行為から被害者の前記死の結果の発生することが、われわれの経験則上当然予想しえられるところであるとは到底いえない。したがつて、原判決が右のような判断のもとに被告人の業務上過失致死の罪責を肯定したのは、刑法上の因果関係の判断をあやまつた結果、法令の適用をあやまつたもの」だが、救護義務違反で処断され、かつ業過致死と業過傷害の法定刑が同じこと、犯行態様から量刑不当ではない。

【最決平 2.11.20 刑集 44-8-837】大阪南港事件[S63 あ 1124]

傷害+殺人：傷害+傷害致死で懲役4年／棄却／棄却

1月の夜に飯場で被害者に殴打等の暴行を加え、恐怖心による心理的圧迫等によって、被害者の血圧を上昇させ、内因性高血圧性橋脳出血を発生させて意識消失状態に陥らせた後、大阪市住之江区南港の資材置場へ自動車で運び、10:40 ごろ同所に放置して立ち去り、翌日未明に内因性高血圧性橋脳出血で死亡させたもの。被害者は、生存中、何者かによって角材で頭頂部を数回殴打されていた(被告人がやったと立証できなかった)。

「資材置場においてうつ伏せの状態で倒れていた被害者は、その生存中、何者かによって角材でその頭頂部を数回殴打されているが、その暴行は、既に発生していた内因性高血圧性橋脳出血を拡大させ、幾分か死期を早める影響を与えるものであった……このように、犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮に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、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができ、本件において傷害致死罪の成立を認めた原判決は、正当である」

【最決平 16.10.19 刑集 58-7-645】高速道路喧嘩事件[H15 あ 1346]

業過致死⁴(CDEG)=業過傷害(I)+傷害(B)：懲役4年6月→

高速道路で大型貨物自動車のBの運転に立腹して第3通行帯に停止させ、Bを暴行・傷害していると横で追突事故が起き、Bが110番通報したため走り去ったが、Bが出発に手間取り、後方から来たC車がB車に追突、乗っていたCDEGが死亡、Iが重傷を負ったもの。

「B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B車を停止させたという被告人の本件過失行為は、それ自体において後続車の追突等による人身事故につながる重大な危険性を有していたというべきである。そして、本件事故は、被告人の上記過失行為の後、Aが、自らエンジンキーをズボンのポケットに入れたことを失念し周囲を捜すなどして、被告人車が本件現場を走り去ってから7、8分後まで、危険な本件現場に自車を停止させ続けたことなど、少なからぬ他人の行動等が介在して発生したものであるが、それらは被告人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といえる。そうすると、被告人の過失行為と被害者らの死傷との間には因果関係があるというべき」

【最決平 18.3.27 刑集 60-3-382】トランク監禁中の追突[H17 あ 2091]

(A)暴行+(ABC)逮捕監禁致死+(C)覚せい剤取締法違反(使用)：A 懲役5年・B 同4年6月・C 同4年8月→A 棄却、B 懲役4年2月、C 同4年6月(BCは一部被害弁償したため)→棄却

Aが被害者に車内で暴行を加えた上、ABC共謀して飲食店の駐車場で暴行して車のトランクに押し込めたが、少し走行して路上停車中(幅員7.5m片側1車線、ほぼ直線の見通しのよい道路上)の3:50ごろ、追突されてトランク内の被害者が死亡したもの。追突者の運転手も前方不注意だった(時速60km)。

「以上の事実関係の下においては、被害者の死亡原因が直接的には追突事故を起こした第三者の甚だしい過失行為にあるとしても、道路上で停車中の普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を監禁した本件監禁行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができる」

4. 被害者の行為：介在事情の異常性を重視

- ・逃亡中の傷害・死亡

【最判昭 25.11.9 刑集 4-11-2239】暴行から逃亡中の負傷で傷害罪[S25 れ 1196]

「被害者が打撲傷を負った直接の原因が過つて鉄棒に躓いて顛倒したことであり、この顛倒したことは被告人が大声で「何をボヤボヤしているのだ」等と悪口を浴せ、矢庭に拳大の瓦の破片を同人の方に投げつけ、尚も「殺すぞ」等と怒鳴りながら側にあつた鍬をふりあげて追かける氣勢を示したので、同人は之に驚いて難を避けようとして夢中で逃げ出し走り続ける中におこつたことである……被告人の追い掛けた行為と被害者の負傷との間には何等因果関係がないと解すべきではなく、被告人の判示暴行によつて被害者の傷害を生じたもの」(傷害：有罪／棄却)

【最決昭 46.9.22 刑集 25-6-769】強姦から逃亡中の傷害(強姦致傷)[S46 あ 1051]

同級生 5 人で同級生の被害者を強姦しようとし、A が姦淫した直後に被害者に逃げられたが、被害者が逃亡中にケガをしたもの(強姦致傷共同正犯：A 懲役 3 年猶予 5 年・他(酌量減輕)懲役 2 年猶予 4 年／棄却／棄却)

「被害者の傷害は、共犯者水野公正に強姦された後、さらに被告人らによつて強姦されることの危険を感じた被害者が、詐言を用いてその場をのがれ、暗夜人里離れた地理不案内な田舎道を数百米逃走し救助を求めるに際し、転倒などして受けたものであるから、右傷害は、本件強姦によつて生じたものというを妨げず、被告人らについて強姦致傷罪の成立を認めた原判断は正当」

【最決昭 59.7.6 刑集 38-8-2793】暴行から逃亡中の負傷(傷害致死)[S58 あ 1537]

暴力団員が車を持ち逃げした従業員を見つけ、連続的に暴行して死亡させたが、死因のくも膜下出血の原因となつた頭部擦過打撲傷は、暴行によるか、墓地での暴行中に被害者が逃げようとして墓地内の池に落ちた際に生じたか分からなかつたもの(傷害致死(再犯)：懲役 6 年／同 5 年 6 月(感謝料)／棄却)

「本件被害者の死因となつたくも膜下出血の原因である頭部擦過打撲傷が、たとえ、被告人及び共犯者二名による足蹴り等の暴行に耐えかねた被害者が逃走しようとして池に落込み、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としても、被告人ら三名の右暴行と被害者の右受傷に基づく死亡との間に因果関係を認めるのを相当とした原判決の判断は、正当」

【仙台地判平 20.6.3】暴行から免れるため 158m 走り急性循環不全で死亡(傷害致死)

先天性の循環器異常があり、運動を控えていることを被告人も知っていたもの(傷害致死：懲役 2 ～ 4 年)

・自殺的行為の介入

【最決平 15.7.16 刑集 57-7-950】高速道路侵入事件[H15 あ 35]

6 名がかりで被害者を深夜の公園で 2 時間 10 分にわたつて暴行し、さらにマンションで約 45 分暴行したところ、逃走した被害者が極度の恐怖感のためマンションから約 763 ～ 810m 離れた高速道路に進入、自動車に衝突され、後続の自動車にれき過されて、死亡したもの

傷害致死：傷害有罪／傷害致死・懲役 2 年 6 月～ 4 年／棄却

「被害者が逃走しようとして高速道路に進入したことは、それ自体極めて危険な行為であるというほかないが、被害者は、被告人らから長時間激しくかつ執ような暴行を受け、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とつさにそのような行動を選択したものと認められ、その行動が、被告人らの暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であつたとはいえない。そうすると、被害者が高速道路に進入して死亡したのは、被告人らの暴行に起因するものと評価することができるから、被告人らの暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定した原判決は、正当として是認することができる。」

・不適切な治療等

【大判大 12.7.14 刑集 2-658】医師に見せず神水を塗つたため丹毒症(重い傷害結果の傷害罪)

【最決昭 63.5.11 刑集 42-5-807】柔道整復師による誤つた治療方法の指導[S61 あ 960]

業過致死：無罪／業過致死・懲役 1 年猶予 3 年／棄却

柔道整復師が患者に風邪の診察治療を依頼され、熱を上げ、水分や食事を控えて汗を出すなどを指示し、症状が悪化しても同様の指示を繰り返し、42℃まで体温があがって初めて医師に見せたが、手遅れで死亡したもの。

「被告人の行為は、それ自体が被害者の病状を悪化させ、ひいては死亡の結果をも引き起こしかねない危険性を有していたものであるから、医師の診察治療を受けることなく被告人だけに依存した被害者側にも落度があつたことは否定できないとしても、被告人の行為と被害者の死亡との間には因果関係があるというべき」

【最決平 4.12.17 刑集 46-9-683】夜間潜水訓練事件[H4 あ 383]

指導補助者 3 名、受講生 6 名の夜間潜水訓練中、後方確認を怠って進んだため、指導補助者 1 名と受講生 6 名が遅れてしまい、受講生 1 名が指導補助者の海上浮上と再度の水中移動という不適切な指示によって空気を使い果たし、溺死したもの。補助者も受講生も経験は浅かった（業過致死：罰金 15 万円／棄却／棄却）

「被告人が、夜間潜水の講習指導中、受講生らの動向に注意することなく不用意に移動して受講生らのそばから離れ、同入らを見失うに至った行為は、それ自体が、指導者らの適切な指示、誘導がなければ事態に適応した措置を講ずることができないおそれがあった被害者をして、海中で空気を使い果たし、ひいては適切な措置を講ずることもできないままに、でき死させる結果を引き起こしかねない危険性を持つものであり、被告人を見失った後の指導補助者及び被害者に適切を欠く行動があったことは否定できないが、それは被告人の右行為から誘発されたものであって、被告人の行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定するに妨げない」

【最決平 16.2.17 刑集 58-2-169】被害者の治療拒否行為[H15 あ 1716]

傷害致死＋強盗（一部未遂、一部建造物侵入）× 5 ＋道交法違反：懲役 10 年罰金 10 万／棄却／棄却

割れたビール瓶を突き刺すなど多量の出血を伴う暴行を受けた被害者が、手術でいったん容体が安定したが急変・死亡したもの。無断退院しようと治療用の管を引きぬくなどして暴れた直後だった。

「被告人らの行為により被害者の受けた前記の傷害は、それ自体死亡の結果をもたらし得る身体の損傷であって、仮に被害者の死亡の結果発生までの間に、上記のように被害者が医師の指示に従わず安静に努めなかったために治療の効果が上がらなかったという事情が介在していたとしても、被告人らの暴行による傷害と被害者の死亡との間には因果関係があるというべき」

5. 行為者の行為の介在

- ・ 認識と異なる因果経過：因果関係の錯誤

【水戸地判平 17.3.31】刺殺したと思って罪証隠滅のため放火したら、実は焼死(殺人肯定)

住居侵入＆殺人＆現住建造物放火：住居侵入＆殺人＆非現住建造物放火・懲役 14 年

「被告人の刺突行為は、その態様に照らして、被害者の死亡という結果を発生させる蓋然性の高い行為であり、さらに、刺突によって被害者が身動きできないところを火に巻かれて焼死した点をも併せ考えると、その焼死という結果の発生に大きく寄与していることが明らかである。しかも、殺害の相手方が死亡したと思い込んでその犯人が罪証隠滅のために殺害現場となった家屋に放火するという経過事実については、その殺害行為と放火行為自体が密接な関連を有することに加え、一般人にとって予見可能なものと評価することができるのであって、これをもって格別異常な事態とまでいうことはできない。以上の次第で、被告人の刺突行為と被害者の死亡との間には相当因果関係が存するものと認められ、被告人に対して殺人既遂罪の成立を肯定すべき」

【大判大 12.3.23 刑集 2-254】突き落として助けるふりをしたがミスで落死させる(殺人既遂)

【大判大 12.4.30 刑集 2-378】砂浜に捨てたのち砂を吸入して死亡[T12 れ 517]

先妻の子を就寝中麻縄で絞め、死亡したと思い海岸の砂浜に運び放置したところ、実は砂を吸って死亡したもの。

「被告の殺害の目的を以て為したる行為の後被告が市之助を既に死せるものと思惟して犯行発覚を防ぐ目的を以て海岸に運び去り砂上に放置したる行為ありたるものにして此の行為なきに於ては砂末吸引を惹起することなきは勿論なれども本来前示の如き殺人の目的を以て為したる行為なきに於ては犯行発覚を防ぐ目的を以てずる砂上の放置行為も亦発生せざりしことは勿論にして之を社会生活上の普通観念に照し被告の殺害の目的を以て為したる行為と市之助の死との間に原因結果の関係あることを認むるを正当とすべく被告の誤認に因り死体遺棄の目的に出でたる行為は毫も前記の因果関係を遮断するものに非ざるを以て被告の行為は刑法第百九十九条

の殺人罪を構成するものと謂ふべく。此の場合には殺人未遂罪と過失致死罪の併存を認むべきものに非ず」

【最決昭 36.1.25 刑集 15-1-266】強姦被害者を戸外に放置し凍死させたもの[S32 あ 1573]

泥酔した被害者と姦淫しようとし、勃起しなかったためあきらめたが、失神している被害者が死亡していると誤信して田圃に運んで放置・凍死させたもの（準強姦未遂による強姦致死／棄却／棄却）

「本件被告人兩名の所為が強姦致死罪を構成する旨の原判示は正当である。殊に、被害者の直接の死因は凍死であるとしても、被告人らが被害者を強いて姦淫すべく、下半身を裸にして急激な寒冷にさらしたことを含む判示暴行行為により、異常体質者の被害者をシヨツクに陥らせて死の転帰に動機を与え、且つ、シヨツクに陥つた被害者をすでに死亡したものと誤信して田圃に背負い出して放置して凍死せしめた行動の附加により、相合して被害者を死に致したものであるから、被告人らの右所為は包括的に単一の強姦致死罪を構成する」

- ・ 介在事情が異常かつ結果発生への寄与度が高いもの

【最決昭 53.3.22 刑集 32-2-381】誤射後の射殺[S50 あ 1339]

業過致死＋殺人＋死体遺棄：業過傷害＋殺人＋死体遺棄・懲役4年6月／棄却／棄却

狩猟中熊と間違えて被害者を撃ってしまい、瀕死のため楽にしてやろうともう一発撃って死亡させたもの

○控訴審「被告人の過失による傷害の結果が発生し、致死の結果が生じない時点で、被告人の殺人の故意による実行行為が開始され、既に生じていた傷害のほか、新たな傷害が加えられて死亡の結果を生じたものであつて、殺人罪の構成要件を充足する行為があつた……殺人の実行行為が開始された時点までの被告人の犯罪行為は業務上過失傷害の程度にとどまり、殺人の実行行為が開始された時点以後は殺人罪の構成要件に該当する行為のみが存在したものというべき」

第5節 不作為犯

第1款 不作為犯の意義と種類

1. 不作為犯の意義と種類について理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ 不作為犯の意義
 - * 不作為によって犯罪が構成される場合
 - ・ 不作為犯の種類
 - * 真正不作為犯：構成要件自体が不作為の形式のもの
 - = 命令規範違反(命令に従わない)：多衆不解散(§107)、住居不退去(§130 後段)
 - * 不真正不作為犯：作為の形式で規定された通常の構成要件が不作為で実現されるもの
 - = 禁止規範違反(禁止に不作為で違反する)
2. 不真正不作為犯の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ 不作為に作為との等価値性が認められること ∴ 作為犯と同一の法定刑
 - 結果を回避すべき者である + 被害者に法益侵害の一定以上の危険性があったこと
 - * 不作為の行為性：身体の動静ゆえOK ← 認めない説もあった
 - ・ 実行行為性：結果回避可能性に基づく作為義務の懈怠
 - ・ 不作為の開始時期（着手）：次のうち、遅い方を取るべき（両方必要だから）
 - * 客観的危険性が作為義務を認める程度に達したとき
 - * 故意を生じたとき
3. 不真正不作為犯における作為義務の根拠について理解し、具体的事例に即してその有無を判断することができる。
 - ・ 保証人説：犯罪的結果の発生する危険のある状態において、結果の発生を防止しなければ
ならない法律上の義務を負う保証人の不作為の実が構成要件に該当する
← では、どのような場合が保証人といえるのか？ = 結局作為義務と同じ
 - * 二分説：保証人的地位を構成要件、そこから生ずる保証義務を違法論で論ずるべき
← 保証人的地位の判断において保証義務を抜きにはできない
 - ・ 作為義務の有無の判断：作為犯と同視できるかの等価値性判断
 - * 刑法上の作為義務：道德上の義務や他の法律上の義務と異なりうる
 - * 形式的根拠：4分類するもの ← いずれかに該当しても常に生ずるとは言えない
 - ・ 法令：親子間・夫婦間（民法）
 - ・ 契約・事務管理等：看護契約など
 - ・ 慣習
 - ・ 条理：先行行為を含む
 - * 実質的根拠：先行行為・危険引受けなどの総合考慮
 - ・ 行為者が結果発生の危険に重大な原因を与えたか（先行行為）
 - ・ 既に発生している危険性をコントロールしうる地位にあるか（危険引受け）
 - ・ 当該結果の防止に必要な作為が可能か

- ・他に結果防止可能な者がどれだけ存在したか
- ・行為者と被害者の関係（法令や契約等）
- ・他の関与者との帰責の分配
- ・判例上の作為義務

【最決平 17.7.4 刑集 59-6-403】シャクティパット事件[H15 あ 1468]

殺人：殺人(作為＋不作為)・懲役 15 年／殺人(不作為)・懲役 7 年／棄却

シャクティパットで治療できるとして信奉者を集めていた X の信奉者 A につき、その息子で信奉者の B に治療を依頼されてこれを承諾し、B が病院から運び出した A を滞在するホテルに運び込ませ、死亡の危険を認識したが痰除去等の医療措置を講じないまま約 1 日放置し、窒息死させたもの。

「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」

* ひき逃げ：車に載せると引受行為があるため、作為義務を生じる

→道交法上の救護義務からただちに作為義務を生ずるとはいえない

【最判昭 34.7.24 刑集 13-6-1163】ひき逃げと保護責任者遺棄罪[S31 あ 4547]

重傷の被害者を車に乗せ、降雪中のうす暗い車道に下ろして放置したもの(保護責任者遺棄等・有罪／棄却)

「車馬等の交通に因り人の殺傷があつた場合には、当該車馬等の操縦者は、直ちに被害者の救護その他必要な措置を講ずる義務があり、これらの措置を終り且つ警察官の指示を受けてからでなければ車馬等の操縦を継続し又は現場を立去ることを許されないのであるから（道路交通取締法二四条、同法施行令六七条）、本件の如く自動車の操縦中過失に因り通行人に自動車を接触させて同人を路上に顛倒せしめ、約三箇月の入院加療を要する顔面打撲擦傷及び左下腿開放性骨折の重傷を負わせ歩行不能に至らしめたときは、かかる自動車操縦者は法令により「病者ヲ保護ス可キ責任アル者」に該当する」

- ・死の危険性の認識があってもただちに殺人罪とはならない

←殺意や他の救命可能性の排除等があれば殺人罪になりうる

【東京地判昭 40.9.30 下刑集 7-9-1828】被害者の捨て場所探索中に車中で死亡(殺人)

【東京地八王子支判昭 57.12.22 判タ 494-142】重傷を負わせた上、医師に見せず死亡(殺人)

* 放火

【最判昭 33.9.9 刑集 12-13-2882】不作為による放火[S31 あ 3929]

現住建造物放火：酌量減輕・懲役 3 年→棄却→棄却

木机の下に紙を詰めたボール箱 3 個と大量の炭火がよくおこつている木製火鉢をすぐ近くにおいたまま無人にして別室で休憩仮睡したという重大な過失によつて右原符と木机に延焼させた「場合、被告人は自己の過失行為により右物件を燃焼させた者（また、残業職員）として、これを消火するのは勿論、右物件の燃焼をそのまま放置すればその火勢が右物件の存する右建物にも燃え移りこれを焼燬するに至るべきことを認めた場合には建物に燃え移らないようこれを消火すべき義務あるもの」発見時、「その際被告人が自ら消火に当りあるいは判示宿直員三名を呼び起こしその協力をえるなら火勢、消火設備の関係から容易に消火しうる状態であつたのに、そのまま放置すれば火勢は拡大して判示営業所建物に延焼しこれを焼燬するに至るべきことを認識しながら自己の

失策の発覚のおそれなどのため、あるいは右建物が焼燬すべきことを認容しつつそのまま同営業所玄関より表に出で何等建物への延焼防止処置をなさず同所を立ち去った結果、右発燃火は燃え広がって右宿直員らの現在する営業所建物一棟ほか現住家屋六棟等を焼燬した、というのである。すなわち、被告人は自己の過失により右原符、木机等の物件が焼燬されつつあるのを現場において目撃しながら、その既発の火力により右建物が焼燬せられるべきことを認容する意思をもつてあえて被告人の義務である必要かつ容易な消火措置をとらない不作為により建物についての放火行為をなし、よつてこれを焼燬したものであるということが出来る

4. 不作為犯における因果関係の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 不作為の因果性：期待された行為をしないこととの因果性を認める

→合義務的代替行為（一定の期待された行為）があれば結果が生じなかった、といえるか

←無から有は生じないから因果性なしとの説があった

【最決平 1.12.15 刑集 43-13-879】不作為の因果関係[H1 あ 551]

覚せい剤取締法違反(使用等 5 個)+保護責任者遺棄致死：保護責任者遺棄+取締法違反 4 個：懲役 4 年／保護責任者遺棄致死+取締法違反 5 個・懲役 6 年／棄却

「被害者の女性が被告人らによって注射された覚せい剤により錯乱状態に陥った午前零時半ごろの時点において、直ちに被告人が救急医療を要請していれば、同女が年若く（当時一三年）、生命力が旺盛で、特段の疾病がなかったことなどから、十中八九同女の救命が可能であったというのである。そうすると、同女の救命は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から、被告人がこのような措置をとることなく漫然同女をホテル客室に放置した行為と午前二時一五分ごろから午前四時ごろまでの間に同女が同室で覚せい剤による急性心不全のため死亡した結果との間には、刑法上の因果関係があると認めるのが相当である」

【札幌地判平 15.11.27 判タ 1159-292】相当程度だが合理的疑いを残す救命可能性

妻 A と母 B の関係が悪く、愚痴を聞きたくないので妻に睡眠薬を飲ませたところ、朦朧とした妻が階段から落下、気付いた母が階段の角などに妻の頭部を多数回打ちつけて殺害しようとし、被告人も気付いたが、救命措置も救急車も呼ばなかったもの（保護責任者遺棄致死：保護責任者遺棄・懲役 2 年 6 月）

「A が救命された可能性は相当程度あった」が「被告人が執るべき救命措置を施したとしても、A が救急車で病院に搬送される途中に死亡した可能性を否定することはできない」→妻を発見した時点で「A は、被告人が B を A から離し容体を見た後救急医療を要請するなどの適切な救命措置を講じていれば救命される可能性があったのであるから、被告人は保護責任者遺棄罪にいう保護責任者に当たる」「被告人が執るべき救命措置を講じたとしても、A が死亡した可能性は否定できないから、被告人が A に対する保護責任を果たさなかったことと、A の死亡との間に因果関係を認めることについては、なお合理的な疑いが残る」、「被告人は、A の容体を確認した時点で、A が現に生存し救命可能性のある状態であると認識していたのであるから、保護責任者遺棄罪の故意がある」→「被告人の行為（不保護）と、A の死亡との間に因果関係が認められないから保護責任者遺棄致死罪は成立しないが、被告人には、保護責任者遺棄罪の成立が認められる」

第6節 故意・過失

第1款 故意

1. 故意があるというためにはどのような事実について、どのように認識・予見する必要があるか理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 故意処罰の原則(§38-1)

§38-1 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

- ・ 故意：罪を犯す意思＝構成要件事実の認識(表象)

→ 犯罪類型の主要部分＝一般人ならその罪の違法性を認識しうる事実(＝非難根拠)の認識

＊表章説(認識説)：結果発生の認識がありながら行為を行ったことを重視

＊意思説：認識に加え、犯罪事実実現の意思・意欲を必要とする

＊動機説：行為者が認識を自己の行為動機としたこと

- ・ 故意の内容

【最決平 2.2.9 判時 1341-157】覚せい剤であることの認識の程度[H1 あ 1038]

「被告人は、本件物件を密輸入して所持した際、覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識があったというのであるから、覚せい剤かもしれないし、その他の身体に有害で違法な薬物かもしれないとの認識はあったことに帰することになる。そうすると、覚せい剤輸入罪、同所持罪の故意に欠けるところはない」

- ・ 条件付故意：犯罪遂行意思は確定的だが、遂行は一定の条件に係っている場合

【最決昭 56.12.21 刑集 35-9-911】条件付故意[S56 あ 1004]

殺人＋凶器準備結集等：懲役 12 年／懲役 11 年(慰謝)／棄却

対立抗争中の暴力団が親分宅に押し寄せ、被告人(暴力団幹部)の配下の弟分が対立組の若頭を射殺したが、共謀時に実際に殺すかどうかは現場判断となっていたもの。

「被告人は、柳田及び小森との間で、被害者らがこがねビル四階の山川方に押し掛け又は喧嘩となるなどの事態になれば、被害者を殺害するもやむないとして、同人殺害の共謀を遂げ、その際、現実には殺害の実行に着手すべき右の事態については、柳田ら現場に赴く者の状況判断に委ねられた、というのである。そうすると、謀議された計画の内容においては被害者の殺害を一定の事態の発生にかからせていたとしても、そのような殺害計画を遂行しようとする被告人の意思そのものは確定的であつたのであり、被告人は被害者の殺害の結果を認容していたのであるから、被告人の故意の成立に欠けるところはない」

【最判昭 59.3.6 刑集 38-5-1961】条件付故意[S58 あ 531]

殺人等：傷害致死等・懲役 5 年／殺人等・懲役 7 年／棄却

最決昭 56.12.21 「は、殺害行為に関与しないいわゆる共謀共同正犯者としての殺意の成否につき、謀議の内容においては被害者の殺害を一定の事態の発生にかからせていたとしても、殺害計画を遂行しようとする意思が確定的であつたときは、殺人の故意の成立に欠けるところはない旨判示しているにとどまり、犯意自体が未必的なものであるときに故意の成立を否定する趣旨のものではない。換言すれば、右判示は、共謀共同正犯者につき、謀議の内容においては被害者の殺害を一定の事態の発生にかからせており、犯意自体が未必的なものであつたとしても、実行行為の意思が確定的であつたときは、殺人の故意の成立に欠けるところはないものとする趣旨……原判決には……被告人は、本件殺人の共謀時においても、将来、被害者といま一度話し合う余地があるとの意思を有しており、被害者の殺害計画を遂行しようとする意思が確定的ではなかつたものとみているかに解される部分もないではないが、原判決を仔細に検討すれば、それは共謀の当初の時期における被告人の意思を記述したにとどまることが明らか……原判決は、被告人は、白辰男、裏辻正之及び吉峯道博との間で、被害者から貸金問題について明確な回答が得られないときは、結着をつけるために、暴力的手段に訴えてでも同人を強制的に連行し

ようと企て、当初は、被害者と貸金問題についていま一度話し合ってみる余地もあると考えていたものの、一方では、このような緩慢な態度に終始していると舍弟頭として最後の責任をとる羽目にもなりかねないとも考え、また、本件犯行現場に向かう自動車内等での白らの言動から、同人らが被害者の抵抗いかんによつてはこれを殺害することも辞さないとの覚悟でいるのを察知しており、白らとともに本件犯行現場に到着した際には、同人らに対し、被害者の応対が悪いときは、その後の事態の進展を同人らの行動に委ねる旨の意思を表明していること、その後犯行現場において白及び裏辻が刺身包丁で被害者の左前胸部等を突き刺したうえ転倒した同人を自動車後部座席に押し込む際、「早よ足を入れんかい」などと指示し、さらに右自動車内において、裏辻が刺身包丁で被害者の大腿部を突き刺したのに対してもなんら制止することなく容認していたこと等の事実を認定したうえで、これらの事情を総合して、被告人は、未必の故意のもとに、実行行為者である白らと共に謀るうえ被害者を殺害した旨判示しているのである。右判示を全体としてみれば、原判決は、指揮者の地位にあつた被告人が、犯行現場において事態の進展を白らの行動に委ねた時点までには、謀議の内容においては白らによる殺害が被害者の抵抗という事態の発生にかかつていたにせよ、白らによつて実行行為を遂行させようという被告人の意思そのものは確定していたとして、被告人につき殺人の未必の故意を肯定したものであると理解することができる

2. 未必の故意と認識ある過失の区別について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

・ 故意の分類

＊ 確定的故意：結果の発生を確実なものとして意図するもの

＊ 不確定的故意：結果を不確定なものとして予見するもの

・ 概括的故意：結果の発生は確定的だが、結果の個数や具体的客体は不確定

例：満員の電車で爆弾を破裂させるなど

・ 択一的故意：複数の結果のうちいずれかが発生することが確実だが、どれかは不確定

・ 未必の故意：結果の発生は認識していないが、発生する蓋然性は認識し結果を認容するもの

【最判昭 23.3.16 刑集 2-3-227】未必の故意[S22 238]

「赃物故買罪は赃物であることを知りながらこれを買受けることによつて成立するものであるがその故意が成立する為めには必ずしも買受くべき物が赃物であることを確定的に知つて居ることを必要としない或は赃物であるかも知れないと思いながらしかも敢てこれを買受ける意思（いわゆる未必の故意）があれば足りるものと解すべきである故にたとえ買受人が売渡人から赃物であることを明に告げられた事実が無くても苟くも買受物品の性質、数量、売渡人の属性、態度等諸般の事情から「或は赃物ではないか」との疑を持ちながらこれを買受けた事実が認められれば赃物故買罪が成立するものと見て差支ない（大判昭 2.11.15 参照）」「（１）衣類は大城が早く処置せねばいけんといつたが（２）近頃衣類の盗難が各地であり殊に（３）売りに来たのが朝鮮人であるから大城等が盗んで売りに来たのではなからうかと思つた」旨自供したことがわかる右（１）乃至（３）の事実は充分人をして「赃物ではないか」との推量をなさしむるに足る事情であるから被告人がこれ等の事情によつて「盗んで来たものではなからうかと思つた」旨供述して居る以上此供述により前記未必の故意を認定するのは相当」

・ 未必の故意と認識ある過失の境界

＊ 蓋然性説(←表章説)：可能性の認識なら過失、蓋然性を認識したら故意

＊ 認容説(←意思説)：結果発生の可能性の認識＋結果発生を認容なら故意

＊ 動機説(←動機説)：結果発生を認識しつつこれを否定しないという消極的認容があれば故意

※結局は、結果発生の可能性の大小と意図の強弱？

第2款 故意と錯誤

1. 錯誤の種類

- ・ 錯誤：主観的認識と客観的に生じた事実の不一致
- ・ 事実の錯誤：犯罪事実に関するもの → 行為時に構成要件のどこまで認識していれば故意犯か
 - * 齟齬と構成要件による分類
 - ・ 具体的事実の錯誤：齟齬が同一構成要件内
 - ・ 抽象的事実の錯誤：主観・客観が異なる構成要件にまがたる
 - * 齟齬の内容による分類
 - ・ 客体の錯誤：Aと誤信してBを殺害する場合
 - ・ 打撃(方法)の錯誤：Aを撃ったらBにあたって死亡した場合
 - ・ 因果関係の錯誤：狙った客体に認識通りの結果が発生したが、因果経過が異なる
 - * 事実の錯誤の判断基準
 - ・ 具体的符合説：具体的に一致していなければ故意は認められない
 - ・ 法定的符合説：構成要件の範囲内で符合していれば故意を認める(判・多)
 - ∴人を殺す認識で責任非難を向けるに十分で、「人」をさらに具体化するべきでない
 - ・ 抽象的符合説：構成要件を異にしている場合でも、両者のうち軽い罪の限度で故意を認める
- ・ 法律の錯誤（違法性の錯誤）：行為が法的に許されているかどうか

【最判昭 32.10.18 刑集 11-10-2663】吊り橋の爆破[S30 あ 755]

「刑法三八条三項但書は、自己の行為が刑罰法令により処罰されるべきことを知らず、これがためその行為の違法であることを意識しなかつたにかかわらず、それが故意犯として処罰される場合において、右違法の意識を欠くことにつき斟酌または有恕すべき事由があるときは、刑の減輕をなし得べきことを認めたもの」「従つて自己の行為に適用される具体的な刑罰法令の規定ないし法定刑の寛嚴の程度を知らなかつたとしても、その行為の違法であることを意識している場合は、故意の成否につき同項本文の規定をまつまでもなく、また前記のような事由による科刑上の寛典を考慮する余地はあり得ないのであるから、同項但書により刑の減輕をなし得べきものでないことはいうまでもない」（後掲 S34 あ 949 の第一次上告審）

- ・ 意味の認識
 - * 裸の事実の認識／事実の意味の認識／違法性の認識／具体的条文の認識
 - 事実の意味の認識までは故意を認めるのに必要
 - 例：わいせつ動画につき、映倫の承認があれば意味の認識を欠き、故意がない
- 2. 予見していた客体とは異なる客体に法益侵害が生じた錯誤事例における故意犯の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
- ・ 判例：法定的符合説
 - * 一人を殺害するつもりで複数人を殺害した場合など
 - 判例＝数故意説：殺人既遂を複数個認め、観念的競合とする
 - ← 批判＝一故意説：殺人既遂 1 個の他は過失致死とする ∴故意の数が増えてしまう
 - 特に、元の目標が傷害にとどまった場合は殺人既遂＋過失傷害とすべき
 - ← 殺人の故意が向けられていたから、殺人既遂＋殺人未遂でよい

【大判昭 8.8.30 刑集 12-1445】法定的符合説・数故意説の採用[S8 れ 831]

女兒を抱いた叔母を殺害しようと日本刀で十数回切り付けたところ、叔母と女兒を共に殺害したもの(殺人²)
「人を殺害する意思を以て之に暴行を加へ因で人を殺害したる結果を惹起したる以上は縦令其の殺害の結果が犯人に於て毫も意識せざりし客体の上に生じたとときと雖暴行と殺害との間に因果の關係存すること明白なる以上犯人に於て殺人既遂の罪責を負ふべきこと勿論にして過失致死罪を以て論すべきに非ず」

【最判昭 53.7.28 刑集 32-5-1068】鉾打ち銃事件[S52 あ 623]

強盗殺人未遂²等：強盗傷人²等・懲役 8 年／強盗殺人未遂²等・懲役 8 年／棄却

警察官に鉾打ち銃を改造したもので銃を発射したところ、警察官の胸部を貫通して通行人にも命中したもの。

「犯罪の故意があるとするには、罪となるべき事実の認識を必要とするものであるが、犯人が認識した罪となるべき事実と現実に発生した事実とが必ずしも具体的に一致することを要するものではなく、両者が法定の範囲内において一致することをもつて足りるものと解すべきである（大判昭 7.7.8、最判昭 25.7.11 参照）から、人を殺す意思のもとに殺害行為に出た以上、犯人の認識しなかつた人に対してその結果が発生した場合にも、右の結果について殺人の故意があるものというべき」「被告人が人を殺害する意思のもとに手製装薬銃を発射して殺害行為に出た結果、被告人の意図した巡査田中静夫に右側胸部貫通銃創を負わせたが殺害するに至らなかつたのであるから、同巡査に対する殺人未遂罪が成立し、同時に、被告人の予期しなかつた通行人河野信三に対し腹部貫通銃創の結果が発生し、かつ、右殺害行為と河野信三の傷害の結果との間に因果關係が認められるから、同人に対する殺人未遂罪もまた成立し（大判昭 8.8.30 参照）、しかも、被告人の右殺人未遂の所為は同巡査に対する強盗の手段として行われたものであるから、強盗との結合犯として、被告人の田中静夫に対する所為についてはもちろんのこと、河野信三に対する所為についても強盗殺人未遂罪が成立するというべきである」

3. 因果経過について錯誤が生じた事例における故意犯の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 多数：行為時に認識した相当因果關係の枠内なら、因果關係の錯誤は故意を阻却しない
←因果關係の認識はそもそも故意責任に不要 ∴相当因果關係がないなら実行行為性否定

【最決平 16.3.22 刑集 58-3-187】クロロホルム事件[前掲 H15 あ 1625]

「実行犯 3 名は、クロロホルムを吸引させて V を失神させた上自動車ごと海中に転落させるという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、たとえ、実行犯 3 名の認識と異なり、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ことはなく、実行犯 3 名については殺人既遂の共同正犯が成立する」

4. 認識・予見した事実と発生した事実とが異なる構成要件に属する事例における故意犯の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 抽象的事実の錯誤(§38-2)

§38-2 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

* 法定的符合説：構成要件を超えた事実についての故意犯の成立を否定する

←狭すぎる ←構成要件が同質的で重なりあえば、その範囲で故意を認めればよい

* 抽象的符合説：犯罪となる事実を認識して行為し、犯罪となる結果を生じたから故意犯成立

←成立範囲が広すぎ、結果責任主義に至りかねない

- ・ 重い罪の認識で軽い罪を犯した・法定刑が同じ場合

* 客観的犯罪事実に対応する故意が認められるか → 犯した罪の故意犯を認める

- ・ 重い罪の未遂罪が成立し、軽い罪は吸収される場合もある（殺人の故意で傷害）

【最決昭 54.3.27 刑集 33-2-140】 覚せい剤と誤信し麻薬輸入(各取締法違反)[S52 あ 836]

一審・控訴審：覚せい剤取締法違反(営利目的密輸入) + 関税法違反(§111)[酌量]・懲役2年6月／棄却／棄却
上告審：麻薬取締法違反(営利目的密輸入) + 関税法違反(§111)

※麻薬取締法違反(営利目的密輸入)だが覚せい剤取締法違反の故意で、その方が犯情が軽いため。

営利目的で覚せい剤と誤認して麻薬を輸入したもの。

○麻薬取締法違反・覚せい剤取締法違反の点

・ 麻薬取締法・覚せい剤取締法違反(営利目的密輸入)：共に3年～無期懲役・又は同罰金500万円以下併科
「麻薬と覚せい剤とは、ともにその濫用による保健衛生上の危害を防止する必要上、麻薬取締法及び覚せい剤取締法による取締の対象とされているものであるところ、これらの取締は、実定法上は前記二つの取締法によつて各別に行われているのであるが、両法は、その取締の目的において同一であり、かつ、取締の方式が極めて近似して、輸入、輸出、製造、譲渡、譲受、所持等同じ態様の行為を犯罪としているうえ、それらが取締の対象とする麻薬と覚せい剤とは、ともに、その濫用によつてこれに対する精神的ないし身体的依存（いわゆる慢性中毒）の状態を形成し、個人及び社会に対し重大な害悪をもたらすおそれのある薬物であつて、外観上も類似したものが多くいかなどにかんがみると、麻薬と覚せい剤との間には、実質的には同一の法律による規制に服しているとみうるような類似性がある」
「本件において、被告人は、営利の目的で、麻薬であるジアセチルモルヒネの塩類である粉末を覚せい剤と誤認して輸入したというのであるから、覚せい剤取締法§41-2,1,§13の覚せい剤輸入罪を犯す意思で、麻薬取締法§64-2,1,§12-1の麻薬輸入罪にあたる事実を実現したことになるが、両罪は、その目的物が覚せい剤か麻薬かの差異があるだけで、その余の犯罪構成要件要素は同一であり、その法定刑も全く同一であるところ、前記のような麻薬と覚せい剤との類似性にかんがみると、この場合、両罪の構成要件は実質的に全く重なり合っているものとみるのが相当であるから、麻薬を覚せい剤と誤認した錯誤は、生じた結果である麻薬輸入の罪についての故意を阻却するものではない……麻薬取締法§64-2,1,§12-1の麻薬輸入罪が成立し、これに対する刑も当然に同罪のそれによる」（一審・原審は誤りだが、判決に影響がない）

- ・ 軽い罪の認識で重い罪を犯した場合

＊ 軽い罪の故意犯が成立するか

← 以前は重い罪が成立し、軽い罪の範囲で処断するとの説もあった

【最決昭 54.3.27 刑集 33-2-140】 覚せい剤と誤信し麻薬輸入(関税法違反)[前掲 S52 あ 836]

一審・控訴審：覚せい剤取締法違反(営利目的密輸入) + 関税法違反(§111)[酌量]・懲役2年6月／棄却／棄却
上告審：麻薬取締法違反(営利目的密輸入) + 関税法違反(§111)

○関税法違反の点

- ・ 関税法違反(§109-1＝輸入禁制品(麻薬)輸入)：5年以下懲役・50万円以下罰金・同併科
- ・ 関税法違反(§111-1＝輸入制限物件(覚せい剤)無許可輸入)：3年以下懲役・30万円以下罰金・同併科

「第一審判決は、被告人は、税関長の許可を受けずに覚せい剤を輸入する意思（関税法 111-1 の罪を犯す意思）で、関稅定率法 21-1:1 所定の輸入禁制品である麻薬を輸入した（関税法 109-1 の罪にあたる事実を実現した）との事実を認め、これに対し関税法 111-1 のみを適用している。そこで、右法令適用の当否につき案ずるに、関税法は、貨物の輸入に際し一般に通関手続の履行を義務づけているのであるが、右義務を履行しないで貨物を輸入した行為のうち、その貨物が関稅定率法 21-1 所定の輸入禁制品である場合には関税法 109-1 によつて、その余の一般輸入貨物である場合には同法 111-1 によつて処罰することとし、前者の場合には、その貨物が関税法上の輸入禁制品であるところから、特に後者に比し重い刑をもつてのぞんでいるものであるところ、密輸入にかかる貨物が覚せい剤か麻薬かによつて関税法上その罰則の適用を異にするのは、覚せい剤が輸入制限物件（関税法 118-3）であるのに対し麻薬が輸入禁制品とされているというだけの理由によるものに過ぎない

ことにかんがみると、覚せい剤を無許可で輸入する罪と輸入禁制品である麻薬を輸入する罪とは、ともに通関手続を履行しないでした類似する貨物の密輸入行為を処罰の対象とする限度において、その犯罪構成要件は重なり合っているものと解するのが相当である。本件において、被告人は、覚せい剤を無許可で輸入する罪を犯す意思であつたというのであるから、輸入にかかる貨物が輸入禁制品たる麻薬であるという重い罪となるべき事実の認識がなく、輸入禁制品である麻薬を輸入する罪の故意を欠くものとして同罪の成立は認められないが、両罪の構成要件が重なり合う限度で軽い覚せい剤を無許可で輸入する罪の故意が成立し同罪が成立する」

【最決昭 61.6.9 判時 1198-157】麻薬のつもりで覚せい剤を所持[S61 あ 172]

麻薬取締法違反(§66-1,28-1=所持)等・懲役 2 年(覚せい剤 41/6 本文で没収)／棄却／棄却(谷口補足あり)

麻薬と誤信して覚せい剤を所持していたもの

○麻薬取締法違反・覚せい剤取締法違反の点

麻薬取締法違反(§66-1,28-1=所持)：7 年以下懲役

覚せい剤取締法違反(§41/2-1:1,14-1=所持)：10 年以下懲役

「被告人は、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩酸塩を含有する粉末を麻薬であるコカインと誤認して所持したというのであるから、麻薬取締法§66-1,§28-1 の麻薬所持罪を犯す意思で、覚せい剤取締法§41/2-1:1,§14-1 の覚せい剤所持罪に当たる事実を実現したことになるが、両罪は、その目的物が麻薬か覚せい剤かの差異があり、後者につき前者に比し重い刑が定められているだけで、その余の犯罪構成要件要素は同一であるところ、麻薬と覚せい剤との類似性にかんがみると、この場合、両罪の構成要件は、軽い前者の罪の限度において、実質的に重なり合っているものと解するのが相当である。被告人には、所持にかかる薬物が覚せい剤であるという重い罪となるべき事実の認識がないから、覚せい剤所持罪の故意を欠くものとして同罪の成立は認められないが、両罪の構成要件が実質的に重なり合う限度で軽い麻薬所持罪の故意が成立し同罪が成立するものと解すべきである（最決昭 54.3.27 参照）。

○没収の根拠規定

「本件覚せい剤の没収について検討すると、成立する犯罪は麻薬所持罪であるとはいえ、処罰の対象とされているのはあくまで覚せい剤を所持したという行為であり、この行為は、客観的には覚せい剤取締法四一条の二第一項一号、一四一条一項に当たるのであるし、このような薬物の没収が目的物から生ずる社会的危険を防止するという保安処分的性格を有することをもち考慮すると、この場合の没収は、覚せい剤取締法四一条の六によるべき」

・実質的に重なり合う罪

* 殺人：○同意殺人・傷害、×器物損壊

* 死体損壊：△傷害・遺棄（否定説：保護法益が違う）

* 窃盗：○占有離脱物横領・強盗(判)

* 強盗：×強姦

* 強姦：○強制わいせつ　：強姦が加重類型（女子を姦淫する形式でのわいせつ）

* 公文書偽造：○虚偽公文書作成(判・最判昭 23.10.23 刑集 2-11-1386)

第3款 過失

1. 38条1項ただし書の趣旨について理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ 例外的な過失犯処罰(§38-1) : 各論の未遂犯処罰規定が「特別の規定」
§38-1 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
* 明文なき過失犯処罰が肯定される場合もある
【最決昭 57.4.2 刑集 36-4-503】船舶の油による海水の汚濁の防止に関する法律違反(肯定)
2. 過失犯の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ 過失の意義 : 注意義務違反のこと
→ 成立要件 : 客観的注意義務違反行為 (実行行為・結果・因果関係)
+ 構成要件的過失 (予見+回避可能性)
+ 違法性阻却事由・責任阻却事由のないこと
 - ・ 過失の種類 : 結果の認識の有無
 - * 認識なき過失 : 行為者が犯罪事実の認識を欠く場合
 - * 認識ある過失 : 結果発生の可能性の認識はあるが、その蓋然性の認識を欠く場合
 - ・ 過失の種類 : 過失の性質
 - * 業務上過失 : 業務上失火(§117/2)、業過往來危険(§129-2)、業過致死傷(§211 前段)
 - ・ 業務の意義 : 各人が社会生活上の地位に基づき、反復継続して行う事務
 - ・ 重罰根拠 : 注意能力が高い+政策的に重い注意義務を課した+業務は危険な行為も多い
【最決昭 60.10.21 刑集 39-6-362】業務上過失の意義(失火・致死)[S58 あ 829]
業務上失火=業過致死 : 禁固1年6月→棄却→棄却
「刑法 117/2 前段にいう「業務」とは、職務として火気の安全に配慮すべき社会生活上の地位をいうと解するのが相当であり (最判昭 33.7.25 参照)、同法 211 条前段にいう「業務」には、人の生命・身体の危険を防止することを義務内容とする業務も含まれる」「被告人は、ウレタンフォームの加工販売業を営む会社の工場部門の責任者として、易燃物であるウレタンフォームを管理するうえで当然に伴う火災防止の職務に従事していたというのであるから、被告人が第一審判決の認定する経過で火を失し、死者を伴う火災を発生させた場合には、業務上失火罪及び業務上過失致死罪に該当する」(建物全焼、建物内の7名死亡)
 - * 重過失 : 重失火(§117/2 後段)、重過失致死傷(§211 後段)
 - ・ 重過失の意義 : 注意義務違反の程度が重大なもの
 - ・ 実行行為の判断
 - * 客観的注意義務違反行為 = 犯罪結果を生ぜしめる危険性を有する行為
【最決昭 54.11.19 刑集 33-7-728】1年前以上前のサウナ風呂製作(失火)
【最決平 22.10.26 裁時 1518-5】航空管制官の便名ミスの指示(日航機ニアミス=業過致傷)
 - * 過失の実行行為の特定 (罪となるべき事実として何を挙げるか)
 - ・ 過失併存説 : 可能なすべてについて過失行為と認める ← 広すぎる
 - ・ 過失段階説 : 結果から因果経過をたどり、原因となる1個の過失実行行為を求める
→ 主要な、実質的危険性を持った1個の過失行為を認定すべき
【最判昭 38.11.12 刑集 17-11-2399】過失段階説を採用

3. 注意義務の意義と内容について理解し、その概要を説明することができる。

- ・ 注意義務違反 = 結果を予見し、回避し得たのに、これを果たし得なかったこと
→ 結果予見義務 + 結果回避義務
- ・ 旧過失論：結果予見義務が重要。不注意で予見し得なかったことが過失の本質
 - * 主観説：具体的な行為者の注意能力が標準
 - * 客観説：抽象的な一般人の注意能力を標準とする
 - * 折衷説：行為者の能力が通常人より高い場合は客観説、低いなら主観説（主観説から）
- 【最判昭 27.6.24 集刑 65-321】客観説を採用
- ・ 新過失論：結果回避義務を重視（不作為犯的理解）。旧過失論は処罰範囲が広すぎる
→ 結果回避義務を緩やかにし、処罰範囲を限定する：事故を必罰とすると社会発展を阻害する
 - * 「許された危険」：社会的有用性があれば、一定の法益侵害の結果は許容される
→ 社会的相当性の有無・社会生活上必要な注意義務違反の有無で決すべき
- ・ 新新過失論（危惧感説）：公害犯罪等で過失処罰拡大を目指したもの
→ 結果回避義務を厳格に解し、処罰範囲を拡大する
- 【徳島地判昭 38.10.25 判時 356-7】森永ヒ素ミルク事件一審(無罪)
- 【高松高判昭 41.3.31 高刑集 19-2-136】森永ヒ素ミルク事件二審(不安感で過失責任肯定)
- 業過致死傷：無罪→控訴：破棄差戻し→上告：棄却→差戻し一審：一部有罪（指揮監督上の過失責任）
- ・ 注意義務の程度

【最決平 5.10.12 刑集 47-8-48】同乗者に注意を促すだけでは足りない[H3 あ 1204]

左側 1.7m あけて停車中に妻に後部左側ドアを空けて降りさせたところ、ドアと後方から来た原付が衝突し、原付運転手が負傷したもの（業過傷害：罰金 5 万円→棄却→棄却）

「右のような状況の下で停車した場合、自動車運転者は、同乗者が降車するに当たり、フェンダーミラー等を通じて左後方の安全を確認した上で、開扉を指示するなど適切な措置を採るべき注意義務を負うというべきであるところ、被告人は、これを怠り、進行してくる被害者運転車両を看過し、そのため同乗者である妻に対して適切な指示を行わなかったものと認められる。この点に関して被告人は、公判廷において、妻に対して「ドアをばんと開けるな。」と言った旨供述するが、右の言辞が妻に左後方の安全を確認した上でドアを開けることを指示したものであるとしても、前記注意義務は、被告人の自動車運転者としての立場に基づき発生するものと解されるから、同乗者にその履行を代行させることは許されないというべきであって、右のように告げただけでは、自己の注意義務を尽くしたものとはいえない」

4. 予見可能性の内容について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 予見可能性の判断
 - * 具体的予見可能性説(判例)：
→ 予見対象結果の具体性・因果経過の予見可能性の必要性・結果発生程度の認識の容易性
 - * 不安感説：ある種の危険を無視するわけにはいかないという程度の不安感で足りる
- ・ 予見対象結果の具体性の程度：「人の死」程度の予見で足りる
- 【最決平 1.3.14 刑集 43-3-262】知らない間に荷台にいた被害者への業過致死[S61 あ 193]
- 貨物自動車運転中、無謀運転で事故を起こし、助手席同乗者が負傷、さらに知らない間に後部荷台に乗っていた 2 名が死亡したもの（業過致死傷：有罪／棄却）

「被告人において、右のような無謀ともいえるべき自動車運転をすれば人の死傷を伴ういかなる事故を惹起するかもしれないことは、当然認識しえたものというべきであるから、たとえ被告人が自車の後部荷台に前記兩名が乗車している事実を認識していなかつたとしても、右兩名に関する業務上過失致死罪の成立を妨げない」

- ・ 因果経過の予見可能性の必要性：基本的に不要

∴突飛な因果経過なら、そもそも因果関係を否定してしまえばよい

→直接に最終結果が予見できそうになくても、予見しうる中間項を設定し、そこから最終結果の予見可能性を認める場合がある

【最決昭 54.11.19 刑集 33-7-728】サウナの無炎着火の予見がなくても失火罪成立

- ・ 予見可能性の程度（結果発生 of 蓋然性とその認識の容易性）：不安感では足りない

* 未知の危険・既知だが滅多に起きない場合など → 予見可能性なし

【大阪高判昭 51.5.25 刑月 5-4 = 5-253】ハイドロプレーニング現象は予見不可能

【東京地判昭 54.6.25 判時 941-6】新四つ木橋事故(新工法・設計者等の過失責任否定)

* 既知の危険でも、非難しうる程度の認識可能性は必要(危険が知られているか)

【最決平 12.12.20 刑集 54-9-1095】近鉄生駒トンネル火災事件[H10 あ 579]

業務上失火＝業過致死傷：無罪／禁固 2 年 6 月猶予 5 年／棄却

トンネル内電気工事の際のアース忘れで火災を生じ、乗員乗客が死傷したもの

「被告人は、右のような炭化導電路が形成されるという経過を具体的に予見することはできなかったとしても、右誘起電流が大地に流されずに本来流れるべきでない部分に長期間にわたり流れ続けることによって火災の発生に至る可能性があることを予見することはできた」

【最決平 21.12.7 刑集 63-11-2641】明石砂浜陥没死事件[H20 あ 1678]

国交省職員らの業過致死：無罪→破棄差戻し→上告棄却

防砂板が破損し砂が海に吸い出され、その上を走った被害者が陥没孔に転落・死亡したもの

「被告人らは、本件事故以前から、南側突堤沿いの砂浜及び東側突堤沿い南端付近の砂浜において繰り返し発生していた陥没についてはこれを認識し、その原因が防砂板の破損による砂の吸い出しであると考えて、対策を講じていたところ、南側突堤と東側突堤とは、ケーソン目地部に防砂板を設置して砂の吸い出しを防ぐという基本的な構造は同一であり、本来耐用年数が約 30 年とされていた防砂板がわずかに数年で破損していることが判明していたばかりでなく、実際には、本件事故以前から、東側突堤沿いの砂浜の南端付近だけでなく、これより北寄りの場所でも、複数の陥没様の異常な状態が生じていた。以上の事実関係の下では、被告人らは、本件事故現場を含む東側突堤沿いの砂浜において、防砂板の破損による砂の吸い出しにより陥没が発生する可能性があることを予見することはできたものというべきである」

(今井反対)陥没していた突堤とは向きが違い、刑事責任を問いうる程度の予見可能性はない。

【東京地判平 13.3.28 判時 1763-17】薬害エイズ帝京大学病院事件[H8 わ 1879]

「被告人には、エイズによる血友病患者の死亡という結果発生 of 予見可能性はあったが、その程度は低いものであった……このような予見可能性の程度を前提として、被告人に結果回避義務違反があったと評価されるか……諸般の事情に照らせば、被告人の本件行為をもって、「通常の血友病専門医が本件当時の被告人の立場に置かれれば、およそ非加熱製剤の投与を継続することは考えないはずであるのに、利益に比して危険の大きい治療行為を選択してしまったもの」であると認めることはできない……被告人が非加熱製剤の投与を原則的に中止しなかったことに結果回避義務違反があったと評価することはできない。したがって、被告人に公訴事実記載のような業務上過失致死罪の刑事責任があったものとは認められない」(業過致死：無罪→控訴中死亡)

5. 注意義務違反と結果の間に必要とされる関係について理解し、具体的事例に即して説明すること

ができる。

- ・過失不作為犯では、結果回避可能性がなければ実行行為性自体が欠ける場合がある

【福岡高那覇支判昭 61.2.6 判時 1184-158】後続車が高速の場合[S58 う 37]

右折転回時の後方確認を怠って後方から高速で来た自動二輪車と衝突、同車の運転手を負傷させ、同乗者を死亡させたもの（業過致死傷：有罪→無罪：確定）

「仮に被告人が同地点において右確認義務を果たし大城車が後方から進行して来るのを認めたとしても、その際の同車との距離関係によっては、転回する被告人としては同車が交通法規に従い制限時速四〇キロメートルあるいはこれのある程度上回る速度（せいぜい六〇キロメートルくらいまでであろう。）で走行してくるものと信頼してよいのであって、特段の事情のない限り、同車の如く交通法規に違反し、時速約一〇〇キロメートルにも及ぶ高速度で疾走し被告人車を追い越そうとする車両のあり得ることまで予測し、それに備えて転回を差し控えるべき業務上の注意義務はないとしてよい場合があり得る」→本件で 40～60km/h なら後続車は十分回避できた→「本件の場合、転回をする運転者たる被告人としては、前記のとおり、後続車である大城車において交通法規に従い追突等の事故を回避する適切な運転をするであろうと信頼し、転回を開始して差し支えない事案であったというべきである」「被告人には、転回するにあたり、後方の安全を確認すべき業務上の注意義務に違反した点は認められるけれども、右義務違反は本件事故と因果関係を有しないものと認められ、その他、記録を精査し、当審における事実取調べの結果を参酌しても本件事故が被告人の過失によって生じたものとは認められない」

【最判平 4.7.10 判時 1430-145】被害者の車の異常運転[H3 あ 491]

無灯火でセンターラインを越えて走ってきた飲酒運転の車を避けきれずに衝突、死亡させたもの。

「右距離でA車を発見してその動向を注視するとともに、警音器を吹鳴するなどAの注意を喚起する措置を併せて講じたとしても、必ずしもA車の進路の予測が可能となったとはいえず、被告人において本件事故を確実に回避することができたとはいえない」「被告人において前方注視を怠っていなければ本件事故を回避することが可能であったとはいえず、また、他に被告人に注意義務違反があったとも認められないから、本件事故につき被告人に過失があったとはいえない」（業過致死：有罪／破棄自判・無罪）

【最判平 15.1.24 判時 1806-157】暴走者が突っ込んできたもの[H14 あ 183]

タクシー運転中、30～40km/h で黄色点滅信号の交差点に進入したら、左から暴走車が来て客2名が死傷したもの（業過致死傷：罰金 40 万円／破棄自判・無罪）

「Aは、酒気を帯び、指定最高速度である時速30キロメートルを大幅に超える時速約70キロメートルで、足元に落とした携帯電話を拾うため前方を注視せずに走行し、対面信号機が赤色灯火の点滅を表示しているにもかかわらず、そのまま交差点に進入してきた……対面信号機が黄色灯火の点滅を表示している際、交差道路から、一時停止も徐行もせず、時速約70キロメートルという高速で進入してくる車両があり得るとは、通常想定し難い……当時は夜間であったから、たとえ相手方車両を視認したとしても、その速度を一瞬のうちに把握するのは困難であったと考えられる。こうした諸点にかんがみると、被告人車がA車を視認可能な地点に達したとしても、被告人において、現実にはA車の存在を確認した上、衝突の危険を察知するまでには、若干の時間を要すると考えられるのであって、急制動の措置を講ずるのが遅れる可能性があることは、否定し難い。そうすると……被告人が時速10ないし15キロメートルに減速して交差点内に進入していたとしても、上記の急制動の措置を講ずるまでの時間を考えると、被告人車が衝突地点の手前で停止することができ、衝突を回避することができたものと断定することは、困難であるといわざるを得ない。そして、他に特段の証拠がない本件においては、被告人車が本件交差点手前で時速10ないし15キロメートルに減速して交差道路の安全を確認していれば、A車との衝突を回避することが可能であったという事実については、合理的な疑いを容れる余地があるというべきである」

- ・結果回避可能性を欠く場合、因果関係が欠けるとする場合もある

【大判昭 4.4.11 新聞 3006-11】京踏切事件

6. 信賴の原則の内容について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 信賴の原則：被害者・第三者が適切な行動を取ることを信賴するのが相当な場合に、
それらの者の不適切な行動による犯罪結果に刑責を負わないという理論
←刑法上処罰に値する程度の予見可能性の判断に取り込めば、旧過失論でも対応可能

＊交通事故における信賴の原則

【最判昭 41.12.20 刑集 20-10-1212】交通事故と信賴の原則[S40 あ 1752]

右折中エンストし、再始動して進んだら、右からきた原付が前を横切ったため衝突したものの

「本件のように、交通整理の行なわれていない交差点において、右折途中車道中央付近で一時エンジンの停止を起こした自動車が、再び始動して時速約五軒の低速（歩行者の速度）で発車進行しようとする際には、自動車運転者としては、特別な事情のないかぎり、右側方からくる他の車両が交通法規を守り自車との衝突を回避するため適切な行動に出ることを信賴して運転すれば足りるのであって、本件山本の車両のように、あえて交通法規に違反し、自車の前面を突破しようとする車両のありうることまでも予想して右側方に対する安全を確認し、もつて事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務はない」（業過致傷：有罪／特別な事情審理で破棄差戻し）

【最判昭 42.10.13 刑集 21-8-1097】交通事故と信賴の原則[S41 あ 1831]

原付を運転して交差点右折時に、後方から時速 60～70km でセンターラインをオーバーして運転してきた原付に衝突して、その運転者が死亡したもの（業過致死：罰金 3 万円／罰金 1 万円(量刑不当)／破棄自判・無罪）

「車両の運転者は、互に他の運転者が交通法規に従つて適切な行動に出るであろうことを信賴して運転すべきものであり、そのような信賴がなければ、一時といえども安心して運転をすることはできないものである。そして、すべての運転者が、交通法規に従つて適切な行動に出るとともに、そのことを互に信賴し合つて運転することになれば、事故の発生が未然に防止され、車両等の高速度交通機関の効用が十分に発揮されるに至るものと考えられる。したがつて、車両の運転者の注意義務を考えるに当つては、この点を十分配慮しなければならないわけである」
「本件被告人のように、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としては、後方からくる他の車両の運転者が、交通法規を守り、速度をおとして自車の右折を待つて進行する等、安全な速度と方法で進行するであろうことを信賴して運転すれば足り、本件小栗のように、あえて交通法規に違反して、高速度で、センターラインの右側にはみ出してまで自車を追越そうとする車両のありうることまでも予想して、右後方に対する安全を確認し、もつて事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務はないものと解するのが相当である（なお、本件当時の道路交通法三四条三項によると、第一種原動機付自転車は、右折するときは、あらかじめその前からできる限り道路の左端に寄り、かつ、交差点の側端に沿つて徐行しなければならなかつたのにかかわらず、被告人は、第一種原動機付自転車を運転して、センターラインの若干左側からそのまま右折を始めたのであるから、これが同条項に違反し、同一二一条一項五号の罪を構成するものであることはいうまでもないが、このことは、右注意義務の存否とは関係のないことである」

【最決平 16.7.13 刑集 58-5-476】時差式信号機と信賴の原則[H12 あ 216]

自分の対面信号が赤信号になったため、二輪車が来るのを知りつつ右折したところ、対向車線は青だったため、二輪車と衝突、死亡させたもの（業過致死：無罪／禁固 1 年猶予 2 年／棄却）

「本件交差点に設置されていた信号機がいわゆる時差式信号機であるにもかかわらず、その旨の標示がなかったため、被告人は、その対面信号と同時に A 車の対面信号も赤色表示に変わり A 車がこれに従つて停止するものと信賴して右折進行したのであり、そう信賴したことに落ち度はなかったのであるから、被告人には過失がないと主張する。しかし、自動車運転者が、本件のような交差点を右折進行するに当たり、自己の対面する信号機の表示を根拠として、対向車両の対面信号の表示を判断し、それに基づき対向車両の運転者がこれに従つて運転すると信賴することは許されない」

＊医療事故と信賴の原則

【札幌高判昭 51.3.18 高刑集 29-1-78】北大電気メス器誤接続事件[S49 う 219]

熟練看護師のミスによる電気メス器のケーブル誤接続で手術患者が重度の熱傷を負ったもの。

業過傷害：医師無罪・看護師罰金 5 万円／棄却

「執刀医である被告人澤口にとつて、前叙のとおりケーブルの誤接続のありうることについて具体的認識を欠いたことなどのため、右誤接続に起因する傷害事故発生の予見可能性が必ずしも高度のものではなく、手術開始直前に、ベテランの看護婦である被告人畔見を信頼し接続の正否を点検しなかつたことが当時の具体的状況のもとで無理からぬものであつたことにかんがみれば、被告人澤口がケーブルの誤接続による傷害事故発生を予見してこれを回避すべくケーブル接続の点検をする措置をとらなかつたことをとらえ、執刀医として通常用いるべき注意義務の違反があつたものということとはできない」「同被告人が前記の具体的状況のもとにおいて、ケーブルの誤接続による傷害事故の発生を予見したうえその接続の点検による結果回避の措置をとらなかつたことは、いまだ業務上過失傷害罪における過失にはあたらない」

【最決平 19.3.26 刑集 61-2-131】患者取り違え手術と麻酔医の責任[H14 う 345]

「医療行為において、対象となる患者の同一性を確認することは、当該医療行為を正当化する大前提であり、医療関係者の初歩的、基本的な注意義務であつて、病院全体が組織的なシステムを構築し、医療を担当する医師や看護婦の間でも役割分担を取り決め、周知徹底し、患者の同一性確認を徹底することが望ましいところ、これらの状況を欠いていた本件の事実関係を前提にすると、手術に関与する医師、看護婦等の関係者は、他の関係者が上記確認を行っていると信頼し、自ら上記確認をする必要がないと判断することは許されず、各人の職責や持ち場に応じ、重疊的に、それぞれが責任を持って患者の同一性を確認する義務があり、この確認は、遅くとも患者の身体への侵襲である麻酔の導入前に行われなければならないものというべきであるし、また、麻酔導入後であっても、患者の同一性について疑念を生じさせる事情が生じたときは、手術を中止し又は中断することが困難な段階に至っている場合でない限り、手術の進行を止め、関係者それぞれが改めてその同一性を確認する義務があるというべきである」(業過傷害：無罪／罰金 25 万円／棄却)

7. 監督者・管理者がいかなる場合に過失責任を負うかについて理解し、具体的事例に即して説明することができる。

・火災事故における監督過失論

* 安全体制確立義務（避難計画・避難訓練など）

【最決平 2.11.16 刑集 44-8-744】

【最決平 2.11.29 刑集 44-8-871】

【最判平 3.11.14 刑集 45-8-221】デパート火災と一般の取締役の防火対策進言義務(否定)

* スプリンクラー設置義務等

【最判平 3.11.14 刑集 45-8-221】

【最決平 5.11.25 刑集 47-9-242】ホテルニュージャパン事件

・その他の監督過失

【札幌高判昭 56.1.22 刑月 13-1.2-12】白石中央病院事件

業過致死⁴=業過致傷²+消防法違反：禁錮 1 年罰金 5 万→業過致死傷無罪、消防法違反で罰金 1 万

「本件病院の理事長ないし病院長としての立場から考えると、当直看護婦や夜警員が当然果してくれるものと予想されるような出火通報、非常口開扉及び新生児搬出などの救出活動ないし避難誘導活動が現実に行われないうちであらうという場合までも考慮に入れて火災発生に備えた対策を定めなければならないとまでいうのは行過ぎといわざるを得ない」「【検察官が注意義務として主張する質量等の】拡充改善の措置をすることを刑法上の業務上の注意義務として要求するには、既存の当直人員の質及び量並びに既存の物的設備の下で、従業員が当然に

果すであろう救出活動ないし避難誘導活動によつてもなお回避不能とみられる死傷事故に対する関係においてはじめて肯定されるべきものに過ぎないというべきであり……本件火災により発生した前記六名の死傷という結果については、当時の当直人員の質及び量並びに当時の物的設備の下で回避不能であつたとは認められないから、被告人Aについては、公訴事実で主張されているような結果回避措置をあらかじめ講じておかなければならないとすることの前提となるべき客観的予見可能性が欠落し、従つて同被告人に前記六名の死傷という具体的結果に対する予見義務を負わせることができない道理であり、結局本件死傷事故につき同被告人には業務上過失致死傷の責を問うことはできない」

【札幌地判昭 61.2.13 刑月 18-1.2-68】北ガス事件[S51 わ 144]

要旨「都市ガスの熱量変更に伴うガス器具の調整ミスにより生じた酸化炭素中毒による死傷事故につき、現場作業員の過失のほか、ガス会社の熱量変更事業の最高責任者であつた者及びガス器具調整作業の責任者であつた者に対し、調整作業計画の立案等に過失が認められるとされた事例」

【最決平 13.2.7 刑集 55-1-1】トンネル工事の派遣監督者と溢水事故(有罪)

【最決平 17.11.15 刑集 59-9-1558】まれな症例での主治医に対する科長の監督責任(肯定)

【最決平 20.3.3 刑集 62-4-567】血液製剤 AIDS 事件(厚生省課長・有罪)

【最決平 22.5.31 刑集 64-4-447】明石花火大会事故(現場指揮監督者・有罪)

第3章 違法性阻却事由

第1節 総論・正当行為

第1款 違法性と違法性阻却

1. 違法性とは何かについて理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ 違法性：客観的な行為と結果に対する違法性のこと
 - * 主観的違法論：違法性と責任を明確に区別しないもの：義務違反的な意思活動が違法
 - * 客観的違法論：客観的に法に反すれば違法と認める
 - ←主観的超過要素は固有の違法性があるのではないか（未遂犯・目的犯等）
 - ※目的犯：通貨偽造罪の行使目的(148-1)、内乱罪の統治機構破壊目的等(77)、営利誘拐罪の営利目的(225)等
 - ※傾向犯：強制わいせつ罪(176)や公然わいせつ罪(174)のわいせつ傾向
 - ※表現犯：偽証罪(169)における虚偽の陳述(自己の記憶に反する陳述を罪とする説)
 - ※未遂犯：未遂罪における既遂目的
 - * 人的違法論：法益侵害のほか、行為無価値(行為者の人的事情＝故意)が違法性判断に重要
 - * 違法性の定義による区別
 - ・ 形式的違法論：実定法規に反することが違法性 ←では何を禁止しているのか
 - ・ 実質的違法論：実定法気違反のほかに実質的理由がある
 - 処罰に値する違法性を欠く場合は、超法規的違法阻却事由で無罪にする
 - ・ 現在の学説
 - * 結果無価値：悪い結果が発生したことが違法性の根拠
 - * 行為無価値：悪い行為・悪い内心が違法性の主要根拠(故意等の重視)
 - ・ 刑法上の違法性
 - * 違法多元論(違法相対性論)：法領域ごとに違法性が異なる
 - * 厳格な違法一元論：違法性は全法領域で一元的：法規範・法秩序に違反することが違法
 - * やわらかな違法一元論：違法性は全法領域で一元的だが、刑法上は可罰的違法性を欠く
2. 構成要件に該当した行為の違法性が阻却される根拠をめぐる基本的な考え方を理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ 実質的違法阻却の根拠
 - * 法益衡量説(優越的利益説)：構成要件に該当する法益侵害異常の利益が行為に存在するから
 - * 目的説：正当な目的のための正当(相当)な手段だから(判例)
 - ・ 衡量型目的説(結果無価値的)：目的の客観的価値と手段による法益侵害の衡量
 - ・ 手段重視型目的説(行為無価値的)：目的を前提しつつ手段の相当性を重視
 - * 社会的相当性説：歴史的に形成された倫理秩序の枠内の行為であるから正当化される
 - ・ 実質的違法性阻却事由と判例
 - * 構成要件該当性を認めた上で、実質的違法性を判断したもの

【最決平 1.7.7 刑集 43-7-607】自動車金融による無断引き揚げ[後掲 S59 あ 1168]

「被告人が自動車を引き揚げた時点においては、自動車は借主の事実上の支配内にあつたことが明らかであるから、かりに被告人にその所有権があつたとしても、被告人の引揚行為は、刑法二四二条にいう他人の占有に属する物を窃取したものとして窃盗罪を構成するといふべきであり、かつ、その行為は、社会通念上借主に受忍を求める限度を超えた違法なものであるといふべきではない」（窃盗等：有罪／棄却）

【最決平 15.3.18 刑集 57-3-371】実子の連れ去り(国外移送目的略取)[H14 あ 805]

「被告人は、共同親権者の1人である別居中の妻のもとで平穩に暮らしていた長女を、外国に連れ去る目的で、入院中の病院から有形力を用いて連れ出し、保護されている環境から引き離して自分の事実的支配下に置いたのであるから、被告人の行為が国外移送略取罪に当たることは明らかである。そして、その態様も悪質であつて、被告人が親権者の1人であり、長女を自分の母国に連れ帰ろうとしたものであることを考慮しても、違法性が阻却されるような例外的な場合に当たらないから、国外移送略取罪の成立を認めた原判断は、正当」

【最決平 17.12.6 刑集 59-10-1901】実子の連れ去り(未成年者略取)[H16 あ 2199]

「被告人は、Cの共同親権者の1人であるBの実家においてB及びその両親に監護養育されて平穩に生活していたCを、祖母のDに伴われて保育園から帰宅する途中に前記のような態様で有形力を用いて連れ去り、保護されている環境から引き離して自分の事実的支配下に置いたのであるから、その行為が未成年者略取罪の構成要件に該当することは明らかであり、被告人が親権者の1人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情である…（最決平 15.3.18 参照）…被告人は、離婚係争中の他方親権者であるBの下からCを奪取して自分の手元に置こうとしたものであつて、そのような行動に出ることにつき、Cの監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情は認められないから、その行為は、親権者によるものであるとしても、正当なものといふことはできない。また、本件の行為態様が粗暴で強引なものであること、Cが自分の生活環境についての判断・選択の能力が備わっていない2歳の幼児であること、その年齢上、常時監護養育が必要とされるのに、略取後の監護養育について確たる見通しがあつたとも認め難いことなどに徴すると、家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまるものと評することもできない。以上によれば、本件行為につき、違法性が阻却されるべき事情は認められない」

【最決平 17.4.21 刑集 59-3-376】残留期間更新申請と不法残留罪の成否[H16 あ 1595]

「被告人は、在留期間内に在留期間更新の申請をし、不許可の通知を受け取っていないものであるが、在留期間の更新又は変更を受けないで在留期間を経過して本邦に残留した以上、出入国管理及び難民認定法……70条1項5号の不法残留罪に当たることは明らかである。そして、被告人は、上記申請に当たり、居住地や日本人の配偶者等としての在留資格の基礎に係る妻との同居の事実について虚偽の申出をしたほか、上記申請の審査のために入国管理局が求めた出頭要請等にも誠実に対応していないから、これまで5回に及ぶ在留期間の更新がいずれも許可されてきたことなどを考慮しても、被告人の残留について、違法性が阻却されるものといふことはできない。したがって、被告人については、在留期間更新の申請が不許可とされるのに先立って、既に不法残留罪が成立しているのであり、不許可の通知が被告人に到達したか否かや同申請が不許可となったことについての被告人の認識の有無がこれを左右するものではない」（更新申請の不許可通知を知らなかったと主張したため）

【最判平 21.3.26 刑集 63-2-265】催涙スプレーの携帯[H20 あ 1518]

経理担当で現金輸送もするため、護身用に催涙スプレーを購入したが、健康のためサイクリングする際にもこれを携帯したもの（軽犯罪法違反：科料 9000 円／棄却／破棄自判・無罪・甲斐中補足あり）

「本号にいう「正当な理由」があるというのは、本号所定の器具を隠匿携帯することが、職務上又は日常生活上の必要性から、社会通念上、相当と認められる場合をいい、これに該当するか否かは、当該器具の用途や形状・性能、隠匿携帯した者の職業や日常生活との関係、隠匿携帯の日時・場所、態様及び周囲の状況等の客観的要素と、隠匿携帯の動機、目的、認識等の主観的要素とを総合的に勘案して判断すべきものと解されるところ、本件のように、職務上の必要から、専門メーカーによって護身用に製造された比較的小型の催涙スプレー 1 本を入手した被告人が、健康上の理由で行う深夜路上でのサイクリングに際し、専ら防御用としてズボンのポケット内に

入れて隠匿携帯したなどの事実関係の下では、同隠匿携帯は、社会通念上、相当な行為であり、上記「正当な理由」によるものであったというべきであるから、本号の罪は成立しないと解するのが相当である

3. 明文にない違法性阻却事由を認めることができるかについて理解し、その概要を説明することができる。

・実質的違法性阻却事由の要件

＊緊急避難類似ゆえ、それより要件は厳しいはずで、補充性も必要(旧有力)

←緊急避難類似に限らず、法益侵害が軽微なら補充性は不要とすべき

・狭義の可罰的違法性論

＊形式的には構成要件に該当し、違法性阻却事由も存在しないが、質又は量の点で処罰に値する違法性を欠くとして犯罪の成立を否定する理論

＊絶対的軽微：結果ないし行為態様の軽微性のみで可罰性を否定する

→構成要件に実質的に該当しない場合

＊相対的軽微：目的・手段等を勘案すれば処罰するほどではない程度に違法性が減少する

→違法性が実質的に阻却される場合

・判例：法秩序全体の見地から許容されるべきものかを判定する

→目的の正当性、手段の相当性、法益の衡量、必要性・緊急性で判断すべき(比例原則)

【最大判昭 48.4.25 刑集 27-3-418】国労久留米駅事件[S43 あ 837]

「勤労者の組織的集団行動としての争議行為に際して行なわれた犯罪構成要件該当行為について刑法上の違法性阻却事由の有無を判断するにあつては、その行為が争議行為に際して行なわれたものであるという事実をも含めて、当該行為の具体的状況その他諸般の事情を考慮に入れ、それが法秩序全体の見地から許容されるべきものであるか否かを判定しなければならないのである。これを本件について見るに、信号所は、いうまでもなく、列車の正常かつ安全な運行を確保するうえで極めて重要な施設である……このような被告人ら三名の各侵入行為は、いずれも刑法上違法性を欠くものでないことが明らか」(住居侵入：無罪／破棄差戻し)

【最判昭 50.8.27 刑集 29-7-442】労組間の暴行事件(日本鉄工労働組合)[S46 あ 1095]

「右の本件各行為は、法秩序全体の見地からこれをみるとき(最大判 48.4.25 参照)、原判決の判示するその動機目的、具体的状況、その他諸般の事情を考慮に入れても、到底許容されるものとはいえず、本件各行為が可罰的違法性を欠くとして各被告人に対し無罪を言渡した原判決には法令の違反があり」有罪(暴行・逮捕：有罪／無罪／破棄自判・控訴棄却)

・許された危険：[行為の有する価値]>[予想される危険の大きさ]×[その蓋然性]なら正当化

第2款 法令行為・正当業務行為

1. 法令行為が違法性阻却事由とされる趣旨を理解し、その概要を説明することができる。

- ・ 法令行為・正当業務行為(§35)：法令行為・業務行為・その他の正当行為に分ける(多)

§35 法令又は正当な業務による行為は、罰しない

- * 法令行為：優越的利益の存在が類型化され、法律で明示されている

- * 業務行為：優越的利益があるから（被害者の同意がある場合も多い）

2. 正当業務行為の諸類型について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 法令行為

- * 職務行為：公務員の職務として法定された行為

例：死刑執行、逮捕・搜索・勾留等、懲戒

【最決平 11.2.17 刑集 53-2-64】警察官の犯人への発砲も違法となりうる

- * 権利行為：法的根拠を有する私人の権利行為

例：親権者の懲戒行為(民 822)、現行犯逮捕(刑訴 213)、正当な労働争議行為(労組 1-2)

【東京高判平 10.3.11 判時 1660-155】現行犯逮捕時の傷害の正当性肯定

- * 自救行為：正当防衛の急迫性・現在性はないが、国家機関の救済を待つと法益回復が困難な場合に、実力で救済を図る行為

例：盗品を犯人から奪い返す行為

【最判昭 30.11.11 刑集 9-12-2438】自救行為と違法性阻却[S28 あ 5224]

要旨「被告人がその所有家屋（店舗）を増築する必要上、自己の借地内につきでいたA所有家屋の玄関の軒先の間口8尺奥行1尺にわたりAの承諾をえないで切り取った場合において、右玄関はAが建築許可を受けないで不法に増築したものであり、また被告人の店舗増築は経営の危機を打開するため遷延を許さない事情にあつて、右軒先の切除によりAのこうむる損害に比しこれを放置することにより被告人の受ける損害は甚大であつたとしても、被告人の右建造物損壊行為が自救行為としてその違法性を阻却されるものではない」

- * 権利行使と財産犯：債権などの権利実現のための脅迫・欺罔行為

- * その他：精神障害者に対する措置入院(精神保健福祉法 29)、人工妊娠中絶(母体保護法)
公営ギャンブル(競馬法 5、自転車競技法 9 など)

- ・ 業務行為

- * 業務：社会生活上の地位に基づいて、反復・継続される行為。但し正当なもののみ

- * 治療行為(医療行為)：以下の3要件を満たすこと

- ・ ①治療目的、②医学上の準則に従うこと、③患者の同意

- ・ 専断的治療行為（③を欠く場合）→ 優越的利益の存否が重要となる（緊急避難に近い）

- ・ 同意の扱い：完全な同意は被害者の同意で処理し、他を業務行為で処理する？

- * スポーツ行為：スポーツ目的＋ルール順守＋相手の同意の範囲内

例：相撲・柔道・ボクシングなど

- * 取材活動：法秩序全体の精神に照らし相当なものとして社会通念上是認されるか

- * その他：弁護士の弁護活動、牧師の牧会活動

【最決昭 51.3.23 刑集 30-2-229】弁護人の名誉棄損罪を肯定

- ・ その他の正当行為
 - * 被害者の同意、推定的同意、安楽死

第3款 被害者の同意（承諾）

1. 被害者の同意があるときに犯罪の成立が否定される根拠を理解し、その概要を説明することができる。

- ・ 犯罪成立否定の方法：構成要件非該当 or 違法性阻却

- * 構成要件に該当しない ∴ 処罰に値する被害者の利益侵害に欠けるから

- * 違法性阻却事由 ∴ 利益欠缺の原理

- ・ 被害者の同意で犯罪の成立が否定されうる犯罪

- ・ 対象：被害者自身が処分しうる法益に限られる → 個人法益に対する罪のみ

- ・ 法益侵害の違法性が高い法益は、同意だけでは足りない場合がある

- 生命：違法性減少にとどまる。同意殺人(§202) ∴ 生命は他人の手では否定し得ない

- 身体：違法性減少のみの場合もある。侵害の程度・目的の正当性・社会的相当性を衡量

- 自由・名誉・財産：通常、構成要件該当性を否定できる

- ※ パターナリズムによる修正：強姦(§177)等での13歳未満による承諾

【最判昭 25.11.24 刑集 4-11-2393】住居侵入罪における「承諾」の有無は構成要件事実

- * 過失犯における同意

- ・ 予想外の結果の場合が多いから、緩やかに同意を認め構成要件該当性を否定するべき

【千葉地判平 7.12.13 判時 1565-144】違法性阻却としたもの(ダートトライアル)[H6 わ 402]

ダートトライアルの練習中に事故を起こし、同乗した経験者が死亡したもの。業過致死：無罪(確定)

「このような認識、予見等の事情の下で同乗していた者については、運転者が右予見の範囲内にある運転方法をとることを容認した上で（技術と隔絶した運転をしたり、走行上の基本的ルールに反すること—前車との間隔を開けずにスタートして追突、逆走して衝突等—は容認していない。）、それに伴う危険（ダートトライアル走行では死亡の危険も含む）を自己の危険として引受けたとみることができ、右危険が現実化した事態については違法性の阻却を認める根拠がある。もっとも、そのような同乗者でも、死亡や重大な傷害についての意識は薄いかもしれないが、それはコースや車両に対する信頼から死亡等には至らないと期待しているにすぎず、直接的な原因となる転倒や衝突を予測しているのであれば、死亡等の結果発生危険をも引き受けたものと認めうる」

- ・ 同意傷害の扱い

- * 解釈

- ・ 同意があればすべて構成要件不該当で正当化 ∴ §202 類似の規定がなく、自己決定権を重視

- ・ 生命に関わる重大な傷害以外は正当化

- ・ 同意があり、社会的に相当な場合のみ正当化(判例・多数)

- ・ 同意があってもすべて違法な傷害行為 ∴ §202 のような減輕規定がないから

- * 判例：重大ないし社会的に相当でない場合は違法性阻却を認めない

【最決昭 55.11.13 刑集 34-6-396】保険金詐欺目的の衝突事故[S55 し 91]

業過傷害：有罪(確定)→再審請求：棄却→即時抗告棄却→特別抗告棄却

保険金詐欺目的で偽装衝突事故をしたもの。詐欺が判明して有罪判決をうけたため、再審請求をした。

「被害者が身体傷害を承諾したばあいに傷害罪が成立するかどうかは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合せて決すべきものであるが、本件のように、過失による自動車衝突事故であるかのように装い保険金を騙取する目的をもつて、

被害者の承諾を得てその者に故意に自己の運転する自動車を衝突させて傷害を負わせたばあいには、右承諾は、保険金を騙取するという違法な目的に利用するために得られた違法なものであつて、これによつて当該傷害行為の違法性を阻却するものではないと解するのが相当である。したがつて本件は、原判決の認めた業務上過失傷害罪にかえて重い傷害罪が成立することになるから、同法四三五条六号の「有罪の言渡を受けた者に対して無罪を言い渡し、又は原判決において認めた罪より軽い罪を認める」べきばあいにあたらないでない」(傷害：有罪／棄却)

【東京高判平 9.8.4 高刑集 50-2-130】無免許で豊胸手術をし被害者死亡(傷害致死)

「被告人がAに対して行った医行為は、身体に対する重大な損傷、さらには生命に対する危難を招来しかねない極めて無謀かつ危険な行為であつて、社会的通念上許容される範囲・程度を超えて、社会的相当性を欠くものであり、たとえAの承諾があるとしても、もとより違法性を阻却しない」(傷害致死・医師法違反)

【仙台地石巻支判昭 62.2.18 判タ 632-254】やくざの指づめは違法

- ・性的倒錯関係

【最判昭 25.11.16 集刑 36-45】局部の切断は承諾で違法性が阻却されない[S25 ね 1235]

「仮りに、被害者の承諾があつたとしても、判示局部の切断……のごときは、その行為の違法性を阻却するもの

【大阪地判昭 52.12.26 判時 893-104】加被虐性行為で窒息死させたもの(傷害致死成立)

「たしかに、相手方の囑託ないし承諾の下になされた有形力の行使は、一般的には、違法性を欠き、そもそも「暴行」の定型性を有しないというべきであるが、右の有形力の行使が相手方の生命の危険や身体の重大な損傷の危険を包含しているような場合においては、相手方の囑託ないし承諾により「暴行」の定型性あるいは違法性が阻却されるものではない」

【大阪高判昭 29.7.14 高裁特報 1-4-133】性交中の首絞めで窒息死させたもの(傷害致死否定)

過失致死を認めた。但し、傷害致死の致死結果に不確定犯意又は未必の故意を要求している。

【東京高判昭 45.11.11 高刑集 23-4-759】性転換(去勢)手術を優生保護法違反で罰したもの

2. 被害者の有効な同意が認められる要件を理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・承諾と行為の先後：黙示でもよいが、行為までに承諾が必要

＊事後の承諾は情状として考慮されるにすぎない

- ・犯罪の成立を否定すべき同意＝真摯な同意であること

【最大判昭 25.10.11 刑集 4-10-2012】強制による承諾[S24 ね 1601]

「川崎市長夫人江辺しづが被告人多田等に対して家宅搜索の承諾を与えたのは、赤旗を擁した多数の威力を背景とする同人等の言動に威圧されたためであつて、その真意から出たものでないことを多田も知っていた」「従つて原判決が多田の所為に刑法一三〇条を適用したのは正当」(川崎市労働者市民大会の食糧要求デモ事件)

【最大判昭 24.7.22 刑集 3-8-1363】錯誤による承諾[S24 ね 1101]

「強盗の意図を隠して「今晚は」と挨拶し、家人が「おはいり」と答えたのに応じて住居にはいつた場合には、外見上家人の承諾があつたように見えても、真実においてはその承諾を缺くものであることは、言うまでもないことである。されば……住居侵入の事実を肯認することができる」(住居侵入ほか：有罪／棄却)

【最判昭 33.11.21 刑集 12-15-3519】偽装心中[S31 あ 2220]

心中する意思がないのにこれある如く装い、その結果同女をして被告人が追死してくれるものと誤信したことに因り心中を決意せしめ、被告人がこれに青化ソーダを与えて嚥下せしめ同女を死亡せしめたもの(殺人等：有罪)

「被害者の意思に重大な瑕疵がある場合においては、それが被害者の能力に関するものであると、はたまた犯人の欺罔による錯誤に基くものであるとを問わず、要するに被害者の自由な真意に基かない場合は刑法二〇二条にいう被殺者の囑託承諾としては認め得られない」「本件被害者は被告人の欺罔の結果被告人の追死を予期して死

を決意したものであり、その決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思である……このように被告人に追死の意思がないに拘らず被害者を欺罔し被告人の追死を誤信させて自殺させた被告人の所為は通常の殺人罪に該当」

3. 推定的同意が違法性阻却事由となる根拠及び要件を理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 推定的同意：一般人がその際の事情を認識しならば同意したであろう場合
 - 例：意識不明の重症者を意識の回復を待たずに勝手に手術して治療する場合
 - 実は宗教的理由から当該手術は同意できないと後から言ったらどうなるか
 - * 正当化されるが、その根拠は争いあり
- ・ 同意説：同意と同じく扱うべき。被害者の真意を推測してそれに沿えばよい
 - ←同意は被害者の事情ゆえ、一般人を基準に判断して同意と同列に扱うのは無理
- ・ 緊急避難説：構成要件に該当するが、緊急避難又はそれに準ずるとして正当化する
 - 要件も緊急避難に類似する
- ・ 安楽死：延命拒否(狭義の安楽死)・生命短縮(積極的安楽死)とも正当化(多数)
 - 【名古屋高判昭 37.12.22 高刑集 15-9-674】安楽死の6要件を提示
 - 【最決平 21.12.7 刑集 63-11-1899】気管チューブ抜管は違法(推定的同意も否定)

第2節 正当防衛

第1款 総論

1. 正当防衛が違法性阻却事由となる根拠について理解し、その概要を説明することができる。

- ・ 正当防衛(§36)

§36-1 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。

- ・ 正当化根拠

- * 緊急行為 = 緊急の場合に権利を守るため実力行使を認めざるを得ないから

- * 法確証の原理 = 正義を示すため、不正の侵害への防衛は許される

- 侵害者の法益は縮小評価され、防衛者の法益と比較衡量される

- ・ 成立要件：侵害の急迫性 + 不正性 + 防衛の意思 + やむを得ずにした行為

2. 侵害の急迫性の要件を理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 急迫：「法益の侵害が現に存在しているか、又は間近に押し迫っていること」

- * 趣旨：攻撃者と防衛者の法益の非両立性の判断（急迫ゆえ、一方が否定されても仕方ない）

- ・ 過去の侵害 → 侵害は終わっており、防衛ではなく自救行為の問題

- ・ 将来の侵害 → 現実の侵害がなく防衛行為ができない

【最決平 17.11.8 刑集 59-9-1449】将来の侵害(刃物携帯の継続)[H15 あ 163]

反目状態の男性とのけんかに備え、車のダッシュボードに刃物を入れていたが、衝突されて刃物をもって出たところで警察官に刃物が見つかり、この時点の銃刀法違反で起訴されたもの（銃刀法違反：有罪／棄却）

「被告人が自動車のダッシュボード内に本件刃物を入れておいたことは不法な刃物の携帯というべきであり、その後本件刃物を護身用にポケットに移し替えて携帯したとしても、それは不法な刃物の携帯の一部と評価するのが相当であるから、本件訴因記載時点における被告人の携帯行為について、違法性が阻却される余地はない」

【最判平 9.6.16 刑集 51-5-435】急迫な侵害の継続性[H9 あ 152]

傷害：懲役1年2月→棄却→破棄自判・過剰防衛で懲役1年猶予3年

Aにいきなり鉄パイプで殴打され、取り上げた同パイプで頭部を殴打し、抗争中Aが勢い余って建物2階の手すりの外側に上半身を前のめりに乗り出させたところで、片足を持ち上げてAを地上に転落させ、傷害したもの

「末広は、被告人に対し執ような攻撃に及び、その挙げ句に勢い余って手すりの外側に上半身を乗り出してしまったものであり、しかも、その姿勢でなお鉄パイプを握り続けていたことに照らすと、同人の被告人に対する加害の意欲は、おう盛かつ強固であり、被告人がその片足を持ち上げて同人を地上に転落させる行為に及んだ當時も存続していたと認めるのが相当である。また、末広は、右の姿勢のため、直ちに手すりの内側に上半身を戻すことは困難であったものの、被告人の右行為がなければ、間もなく態勢を立て直した上、被告人に追い付き、再度の攻撃に及ぶことが可能であったものと認められる。そうすると、末広の被告人に対する急迫不正の侵害は、被告人が右行為に及んだ當時もなお継続していたといわなければならない。さらに、それまでの一連の経緯に照らすと、被告人の右行為が防衛の意思をもってされたことも明らか……以上によれば、被告人が末広に対しその片足を持ち上げて地上に転落させる行為に及んだ當時、同人の急迫不正の侵害及び被告人の防衛の意思はいずれも存していたと認めるのが相当である。また、被告人がもみ合いの最中に末広の頭部を鉄パイプで一回殴打した行為についても、急迫不正の侵害及び防衛の意思の存在が認められることは明らかである。しかしながら、末広の被告人に対する不正の侵害は、鉄パイプでその頭部を一回殴打した上、引き続きそれで殴り掛かろうとしたというものであり、同人が手すりに上半身を乗り出した時点では、その攻撃力はかなり減弱していたといわなければならない。他方、被告人の同人に対する暴行のうち、その片足を持ち上げて約四メートル下のコンクリート道路上に転落させた行為は、一歩間違えば同人の死亡の結果すら発生しかねない危険なものであったことに照らすと、

鉄パイプで同人の頭部を一回殴打した行為を含む被告人の一連の暴行は、全体として防衛のためにやむを得ない程度を超えたものであったといわざるを得ない」

3. 侵害の不正性の要件を理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・不正：正当防衛を認めるべきか否か（違法性とほぼ同じだが、処罰に値する必要はない）

- ＊主観的違法論：責任無能力者に対する正当防衛を否定する

- ←法益を守れず、正当防衛は代理処罰になってしまう（→客観的違法論）

【最決昭 57.5.26 刑集 36-5-609】団交に応じない不作為は急迫不正の侵害ではない

- ・対物防衛：他人の飼い犬が襲ってきた場合など

- ＊肯定説：犬を殺しても正当防衛として違法性を阻却する

- ＊否定説：所有者に故意・過失があれば飼い主に対する正当防衛とする

- ←飼い主が無過失なら正当防衛ができないのか？

- ＊大審院判例：物に対する正当防衛は認めず、緊急避難とする

4. 防衛の意思の要否及び内容について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・防衛の意思の要否：判例は必要説

- ＊ただし、防衛の意思だけでなく、客観的行為態様から「防衛のため」といえるかを判断

【最判昭 46.11.16 刑集 25-8-996】くり小刀事件(防衛の意思の要否)[S45 あ 2563]

「刑法三六条の防衛行為は、防衛の意思をもつてなされることが必要である」

- ・防衛行為とその個数：同一の防衛の意思に基づく一個の行為といえるか

→過剰防衛か、超過行為が独立の違法な行為となるか

- ＊行為の客観的一個性＋侵害行為との対応関係（＋防衛の意思の継続性）

【最判昭 34.2.5 刑集 13-1-1】一個の行為として過剰防衛[S33 あ 547]

殺人：盗犯等防止法 1-2,1:3 で正当防衛・無罪→過剰防衛・懲役 2 年→棄却

襲ってきた被害者をナタで一撃し、横倒れになったところ頭部にさらに切りつけて死亡させたもの。

控訴審：一審が最初の一撃を正当防衛・追撃は盗犯等防止法とした点につき「同一の機会における同一人の所為を可分し、趣旨を異にする二つの法律を別々に適用するがごときことは、立法の目的に副わない措置であつて、とうてい許されない所である」

「被告人の本件一連の行為は、それ自体が全体として、その際の情況に照らして、刑法三六条一項にいわれる「已ムコトヲ得サルニ出テタル行為」とはいえないのであつて、却つて同条二項にいわれる「防衛ノ程度ヲ超エタル行為」に該るとして、これを有罪とした原審の判断は正当である」

【最決平 20.6.25 刑集 62-6-1859】2 個の行為で後者の違法性を阻却せず[H20 あ 124]

傷害致死：①②まとめて傷害致死過剰防衛・懲役 3 年 6 月→①正当防衛+②傷害・懲役 2 年 6 月→棄却

殴られて殴り返したところ、アルミ灰皿を投げ付けられたため、①被害者の顔面を殴打し、昏倒させた上、②腹部を足蹴にするなどして死亡させたもの

「第 1 暴行により転倒した甲が、被告人に対し更なる侵害行為に出る可能性はなかったのであり、被告人は、そのことを認識した上で、専ら攻撃の意思に基づいて第 2 暴行に及んでいるのであるから、第 2 暴行が正当防衛の要件を満たさないことは明らかである。そして、両暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、甲による侵害の継続性及び被告人の防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし、被告人が前記発言をした上で抵抗不能の状態にある甲に対して相当に激しい態様の第 2 暴行に及んでいることにもかんがみると、その間には断絶があるというべきであつて、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になつて」

たものとは認められない。そうすると、両暴行を全体的に考察して、1個の過剰防衛の成立を認めるのは相当でなく、正当防衛に当たる第1暴行については、罪に問うことはできないが、第2暴行については、正当防衛はもとより過剰防衛を論ずる余地もないのであって、これにより甲に負わせた傷害につき、被告人は傷害罪の責任を負うというべきである」

【最決平 21.2.24 刑集 63-2-1】まとめて1個の暴行と評価したもの[H20 あ 2102]

傷害：傷害罪・懲役10月(累犯・併合罪)→過剰防衛・懲役4月→棄却

覚せい剤取締法違反で未決拘留中の拘置所内で机を押し倒されたため、①押し返した上、②抵抗が困難となった被害者の顔面を手拳で数回殴打したもの

「原判決は、第1暴行と第2暴行は、被害者による急迫不正の侵害に対し、時間的・場所的に接着してなされた一連一体の行為であるから、両暴行を分断して評価すべきではなく、全体として1個の過剰防衛行為として評価すべき」としたが、正当防衛となる①で傷害結果は生じており、②で暴行罪が成立するだけ、と主張。

「前記事実関係の下では、被告人が被害者に対して加えた暴行は、急迫不正の侵害に対する一連一体のものであり、同一の防衛の意思に基づく1個の行為と認めることができるから、全体的に考察して1個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認めるのが相当であり、所論指摘の点は、有利な情状として考慮すれば足りるというべき」

・防衛の意思の判断：どこまで必要か

* 防衛の目的(意図)：行為の動機・目的が専ら防衛のためか

* 防衛の認識：積極的な意思は不要で、自己の行為が防衛行為に向けられている認識で足りる

* 判例：憤激や逆上があっても直ちに防衛の意思を欠くものではない

・攻撃に乗じて積極的な加害行為に出たなどの特別の事情があれば否定される(口実防衛)

【最判昭 46.11.16 刑集 25-8-996】くり小刀事件(防衛の意思の判断)[S45 あ 2563]

殺人：殺人過剰防衛・懲役3年猶予5年／殺人・懲役5年／破棄差戻し

同宿人から暴行され、謝ってみようと戻ったらまた暴行されたため、隠してあったくり小刀で刺殺したもの

「刑法三六条の防衛行為は、防衛の意思をもつてなされることが必要であるが、相手の加害行為に対し憤激または逆上して反撃を加えたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではない」「かねてから被告人が後藤に対し憎悪の念をもち攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出たなどの特別な事情が認められないかぎり、被告人の反撃行為は防衛の意思をもつてなされたものと認めるのが相当」「被告人が後藤から殴打され逆上して反撃に転じたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものとはいえないのみならず、本件は、被告人が後藤から殴られ、追われ、隣室の広間に入り、西側障子のところで同人を突き刺すまで、一分にもみたくないほどの突発的なことがらであつた……から…【最初は防衛の意思があつたが、逆上して】…被告人の防衛の意思が消滅したと認定することは、いちじるしく合理性を欠き、重大な事実誤認のあることの顕著な疑いがある」

【最判昭 50.11.28 刑集 29-10-983】防衛の意思と攻撃の意思の併存[S49 あ 2786]

殺人未遂：過剰防衛・懲役3年猶予4年→防衛否定[障害未遂減輕]・懲役2年→破棄差戻し

友人とともに人違いをして声をかけた相手に因縁をつけられ、あבק暴行された友人を救おうと自宅から散弾銃を持ちだして戻ったところ、相手に見つかつて逃げたが追いつかれそうになって振り向きざま発砲したもの。

「急迫不正の侵害に対し自己又は他人の権利を防衛するためにした行為と認められる限り、その行為は、同時に侵害者に対する攻撃的な意思に出たものであつても、正当防衛のためにした行為にあたると判断するのが、相当である。すなわち、防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は、防衛の意思を欠く結果、正当防衛のための行為と認めることはできないが、防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合の行為は、防衛の意思を欠くものではないので、これを正当防衛のための行為と評価することができるからである」

(江里口補足) 急迫不正の侵害といえない。

(天野反対) 原判決は急迫不正の侵害も否定しており、棄却でよい。防衛の意思の解釈は異議ない。

【最判昭 60.9.12 刑集 39-6-275】防衛の意思を欠く場合[S59 あ 1256]

殺人：過剰防衛・懲役 3 年→防衛否定・懲役 5 年→破棄差戻し

妻と不倫していると疑っていた被害者から経営する飲食店内で暴行を受け、文化包丁で刺殺したもの。

「刑法三六条の防衛のための行為というためには、防衛の意思をもつてなされることが必要であるが、急迫不正の侵害に対し自己又は他人の権利を防衛するためにした行為と認められる限り、たとえ、同時に侵害者に対し憎悪や怒りの念を抱き攻撃的な意思に出たものであつても、その行為は防衛のための行為に当たると解するのが相当であるところ（最判昭 46.11.16、最判昭 50.11.28 参照）、原判決が認定した前記事実自体から、被告人の本件行為が、松本から第三暴行に引続き更に暴行を加えられることを防ぐためのものでもあつたことは明らかであると思われるし、原判決が指摘する被告人の松本に対する憎悪、怒り、攻撃の意思は、それだけで直ちに本件行為を防衛のための行為とみる妨げになるものでない」

- ・ 偶然防衛：客観的には正当防衛の要件を満たすが、その認識を欠いた場合

→防衛のための行為と言えず、正当防衛の類型性を欠く

5. 「やむを得ずにした行為」の要件を理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 意義：相当性のこと(判例＝反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有する)

← 必要性とする説あり ← 正当防衛の範囲を狭めすぎる

* 相当性の内容：法益の相対的権衡＋防衛手段の相当性（＝利益の比較＋防衛行為の態様）

・ 緊急避難のような補充性までは要求されない

- ・ 法益の相対的権衡

* 財産権と生命・身体：死亡時には否定する場合が多い

【高松高判平 12.10.19 判時 1745-159】財物を守るための傷害：正当防衛肯定

【千葉地判昭 62.9.17 判時 1256-3】襟を掴まれて突いたら電車で轢死：正当防衛肯定

- ・ 防衛手段の相当性

* 武器対等の原則

・ 防衛手段として相当であれば、結果が保全法益より大でもよい

【最判昭 44.12.4 刑集 23-12-1573】「やむを得ずにした行為」の意義[S44 あ 1165]

傷害：傷害・罰金 2.5 万→過剰防衛・罰金 0.2 万→破棄差戻し

経理担当者の被告人が店で言い争いになり、被害者を事務所から押し出したところ、左手の指をねじあげられたので投げ飛ばして頭を車にぶつけさせたもの。

「刑法三六条一項にいう「已ムコトヲ得サルニ出テタル行為」とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味するのであつて、反撃行為が右の限度を超えず、したがつて侵害に対する防衛手段として相当性を有する以上、その反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であつても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるものではないと解すべきである。本件で被告人が右高橋の侵害に対し自己の身体を防衛するためとつた行動は、痛さのあまりこれをふりほどこうとして、素手で高橋の胸の辺を一回強く突いただけであり、被告人のこの動作によつて、被告人の指をつかんでいた手をふりほどかれた高橋が仰向けに倒れたところに、たまたま運悪く自動車の車体があつたため、高橋は思いがけぬ判示傷害を蒙つたというのである。してみれば、被告人の右行為が正当防衛行為にあたるか否かは被告人の右行為が高橋の侵害に対する防衛手段として前示限度を超えたか否かを審究すべきであるのに、たまたま生じた右傷害の結果にとらわれ、たやすく被告人の本件行為をもつて、そのよつて生じた傷害の結果の大きさにかんがみ防衛の程度を超えたいわゆる過剰防衛であるとした原判決は、法令の解釈適用をあやまつた」

【大阪高判平 11.3.31 判時 1681-159】素手でも過剰防衛(空手経験ありだが手加減なし)

* 一見武器対等でないような場合

【最判平 1.11.13 刑集 43-10-823】素手に対し菜切包丁を構えたもの[S61 あ 782]

暴力行為等処罰法(刑 222-1)+銃刀法違反：通常・罰金 3 万円／過剰防衛・罰金 1.5 万／正当防衛・無罪

駐車をめぐって口論となり、相手が素手ながら殴る構えを見せる等したため、菜切包丁を構えたもの

「素手で殴打しあるいは足蹴りの動作を示していたにすぎない神谷に対し、被告人が殺傷能力のある菜切包丁を構えて脅迫したのは、防衛手段としての相当性の範囲を逸脱したものであると判断したのは、刑法三六条一項の「已ムコトヲ得サルニ出テタル行為」の解釈適用を誤ったものといわざるを得ない」「被告人は、年齢も若く体力にも優れた神谷から、「お前、殴られたいのか。」と言って手拳を前に突き出し、足を蹴り上げる動作を示されながら近づかれ、さらに後ずさりするのを追いかけて目に迫られたため、その接近を防ぎ、同人からの危害を免れるため、やむなく本件菜切包丁を手にとったうえ腰のあたりに構え、「切られたいんか。」などと言ったというものであって、神谷からの危害を避けるための防衛的な行動に終始していたものであるから、その行為をもって防衛手段としての相当性の範囲を超えたものといえることはできない」

【最判平 21.7.16 刑集 63-6-711】財産権等による正当防衛[H20 あ 1870]

傷害：傷害・罰金 15 万／暴行・科料 9900 円／正当防衛・無罪

居住建物につき民事訴訟で敗訴したのに立入禁止の看板を持ってきた不動産会社の社員を押し倒したもの

「B が立入禁止等と記載した本件看板を本件建物に設置することは、被告人らの本件建物に対する前記 2 (3) の共有持分権、賃借権等を侵害するとともに、F 宅建の業務を妨害し、被告人らの名誉を害するものといわなければならない。そして、B の依頼を受けた C らは、本件建物のすぐ前において本件看板を取り付ける作業を開始し、被告人がこれを取り上げて踏み付けた後も、B がこれを持ち上げ、付けてくれと言って C に渡そうとしていたのであるから、本件暴行の際、B らはなおも本件看板を本件建物に取り付けようとしていたものと認められ、その行為は、被告人らの上記権利や業務、名誉に対する急迫不正の侵害に当たる」「そして、被告人は、B が C に対して本件看板を渡そうとしたのに対し、これを阻止しようとして本件暴行に及び、B を本件建物から遠ざける方向に押したのであるから、B らによる上記侵害から被告人らの上記権利等を防衛するために本件暴行を行ったものと認められる」「さらに、B らは、前記 2 (2) 及び (4) のとおり、本件建物のガラスを割ったり作業員を威圧したりすることによって被告人らが請け負わせた本件建物の原状回復等の工事を中止に追い込んだ上、本件建物への第三者の出入りを妨害し、同 (3) の即時抗告棄却決定の後においても、立入禁止等と記載した看板を本件建物に設置するなど、本件以前から継続的に被告人らの本件建物に対する権利等を実力で侵害する行為を繰り返しており、本件における上記不正の侵害はその一環をなすものである。一方、被告人と B との間には同 (6) のような体格差等があることや、同 (5) のとおり B が後退して転倒したのは被告人の力のみによるものとは認め難いことなどからすれば、本件暴行の程度は軽微なものであった」「そうすると、本件暴行は、被告人らの主として財産的権利を防衛するために B の身体の安全を侵害したものであることを考慮しても、いまだ B らによる上記侵害に対する防衛手段としての相当性の範囲を超えたものといえることはできない。以上によれば、本件暴行については、刑法 3 6 条 1 項の正当防衛として違法性が阻却される」

・ 相当性の判断：社会通念上、客観的に見て相当かどうかで決する

【大判大 9.6.26 刑録 26-405】相当性判断は客観的にする[T8 れ 2761]

要旨「刑法第 3 6 条ノ防衛ノ程度ヲ超ユル行為ナルヤ否ハ客観的觀察ニ依リ決スヘキ事項ニシテ行為者ノ主観的觀察如何ニ依リテ定ムヘキモノニ非ス」

【最判昭 24.8.18 刑集 3-9-1465】産別会議議長事件[S24 れ 295]

「刑法第三六条及び第三七条にいわゆる「已むことを得ざるに出でたる行為」という観点から眺めるならば、一層容易にかつ明白に同じ結論に達することが理解されるであろう。防衛行為が已むことを得ないとは、当該具体

的事態の下において当時の社会通念が防衛行為として当然性、妥当性を認め得るものを言うのである」

第2款 侵害の予期・自招侵害

1. 行為者が侵害を予期していた場合における正当防衛の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
- ・ 攻撃をあらかじめ予期し、その通りの侵害が発生した場合も、正当防衛となりうる

【最判昭 46.11.16 刑集 25-8-996】 くり小刀事件(予期と急迫性)[前掲 S45 あ 2563]

「刑法三六条にいう「急迫」とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていることを意味し、その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない」「被告人が……後藤から手荒な仕打ちを受けるかもしれないことを覚悟のうえで戻つたとか、殴打される直前に扇風機のことなどで旅館の若主人……と後藤との間にはげしい言葉のやりとりがかわされていたとの部分は、記録中の全証拠に照らし必ずしも首肯しがたいが、かりにそのような事実関係があり、後藤の侵害行為が被告人にとってある程度予期されていたものであつたとしても、そのことからただちに右侵害が急迫性を失うものと解すべきでない」「被告人が脱出できる状況にあつたとか、近くの者に救いを求めることもできたとの部分は、いずれも首肯しがたいが、かりにそのような事実関係であつたとしても、法益に対する侵害を避けるため他にとるべき方法があつたかどうかは、防衛行為としてやむをえないものであるかどうかの問題であり、侵害が「急迫」であるかどうかの問題ではない」

＊ 否定例：反撃に伴うと予想される侵害の重大性・侵害発生の確実性・回避の容易性・

危険への接近を避けるべきか接近する必要性に欠ける場合

・ 積極加害意思で臨んだ場合：実際は客観的に判断している

→侵害を予期し積極的に加害する意思で出向いたり、その機会を利用する意思で待ち受けたり、自制すれば侵害を招かなかつたのに積極加害の意思で挑発し又は挑発に乗った場合など

→蓋然性のある侵害を予期したのに、必要なく侵害を回避せず反撃したら急迫性否定

【最決昭 52.7.21 刑集 31-4-747】 革マル襲撃への中核派の反撃[S51 あ 671]

AB 凶器準備集合+暴力行為等処罰法(暴行)、C-F 凶器準備集合：A 懲役 10 月、B-F 共同加害目的否定+正当防衛・無罪→破棄差戻し(共同加害目的認定+正当防衛否定)→上告棄却

中核派 6 名が革マル派の襲撃を追い払った後、バリケードを築き、再度襲撃した際に武器で応戦しているところを警察官に逮捕されたもの

「刑法三六条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではないと解するのが相当であり、これと異なる原判断は、その限度において違法というほかはない。しかし、同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、単に予期された侵害を避けなかつたというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさないものと解するのが相当である。そうして、原判決によると、被告人有川は、相手の攻撃を当然に予想しながら、単なる防衛の意図ではなく、積極的攻撃、闘争、加害の意図をもつて臨んだというのであるから、これを前提とする限り、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべき」

・ 反撃のための準備を十分している場合

【最判昭 30.10.25 刑集 9-11-2295】 反撃に備え日本刀を持参したもの[S28 あ 5025]

相手に謝罪させようと飲食店に赴き、その際攻撃したら反撃しようと抜き身の日本刀を持っていったところ、相手が気づくや包丁をもって襲ってきたため、反撃して斬り殺したもの（傷害致死等：有罪／棄却）

「被告人が右の叢に身をひそめ様子を窺ううち田中が出て来て矢庭に出刃庖丁をもつて被告人に突きかかつて来た際においては、被告人はこの田中の不正の侵害については早くから、充分の予期を持ち且つこれに応じて立

ち向い敏速有力な反撃の傷害を加え得べき充分の用意を整えて進んで田中と対面すべく右叢附近に赴き彼の様子を窺っていた訳であるから、田中のこの不正の侵害は被告人にとっては急迫のものというべからざるものであり、又被告人が田中に加えた判示傷害行為は権利防衛のため止むを得ざるに出でたものというべからざるものである。であるから、被告人の判示第二の所為は正当防衛とならないのは勿論、所論の過剰防衛（防衛の程度を超えた行為）を構成することもなく、誤想防衛（急迫不正の侵害がないのに拘らずかような侵害があると誤想してなされた防衛行為）にも当らず刑法二〇五条一項に当るものである」

【大阪高判平 13.1.30 判時 1745-150】暴力団抗争での反撃[H12 う 366]

暴力団会長が散髪中、他の暴力団員が拳銃で狙撃してきたため、被告人組長がつけていたボディガードが反撃して2名を射殺したもの（殺人＝銃刀法違反＋殺人＋銃刀法違反：懲役 15 年／破棄自判(未決拘留参入日数過少：500→約1年の控訴審を含め1,000日）・懲役15年）

「正当防衛の制度は、法秩序に対する侵害の予防ないし回復のための実力行使にあたるべき国家機関の保護を受けることが事実上できない緊急の事態において、私人が実力行使に及ぶことを例外的に適法として許容する制度であるところ、本人の対抗行為の違法性は、行為の状況全体によってその有無及び程度が決せられるものであるから、これに関連するものである限り、相手の侵害に先立つ状況をも考慮に入れてこれを判断するのが相当であり、また、本人の対抗行為自体に違法性が認められる場合、それが侵害の急迫性を失わせるものであるか否かは、相手の侵害の性質、程度と相関的に考察し、正当防衛制度の本旨に照らしてこれを決するのが相当である。そして、侵害が予期されている場合には、予期された侵害に対し、これを避けるために公的救助を求めたり、退避したりすることも十分に可能であるのに、これに臨むのに侵害と同種同等の反撃を相手方に加えて防衛行為に及び、場合によっては防衛の程度を超える実力を行使することも辞さないという意思で相手方に対して加害行為に及んだという場合には、いわば法治国家において許容されない私闘を行ったことになるのであって、そのような行為は、そもそも違法である」「本件襲撃が被告人らの予期していた程度を超えた予想外のものでなかったことは、既に述べたとおりであり、被告人らは、これと同種同等の反撃を相手方に加え、場合によっては防衛の程度を超える実力行使をも辞さないとの意思で本件犯行に及んだ……本件襲撃は、そのみを客観的に見ると切迫した事態であつたけれども、それだけで正当防衛の成立が認められる状況としての急迫性が肯定されるものではなく、これに対する被告人らの普段からの警護態勢に基づく迎撃行為が、それ自体違法性を帯びたものであったこと及び本件襲撃の性質、程度も被告人らの予想を超える程度のものでなかったことなどの点に照らすと、本件犯行は、侵害の急迫性の要件を欠き、正当防衛の成立を認めるべき緊急の状況下のものではなかった」

2. 行為者自らが不正の侵害を招致した場合における正当防衛の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 広義の自招侵害：侵害行為を挑発等で行為者が招いていた場合など、積極的加害の場合
→ 攻撃・防衛行為が同時、挑発行為、ケンカ、防衛者の攻撃準備、相当性を著しく欠く
 - * 自招侵害では正当防衛が認められない根拠
 - ・ 正当防衛権の濫用 ← 刑法で一般条項を安易に使うべきでない
 - ・ 法確証の利益が失われるか減少するため(有力)
 - ・ 客観的に挑発行為があれば急迫性を欠く ← 侵害行為が差し迫っているのは否定できない
 - ・ 原因において違法な行為の理論(有力)＝防衛行為を道具とし、原因行為が違法とする
 - ・ 当初の予見・準備・挑発を含め、一連の行為ゆえ、防衛のための行為といえない
- ・ 狭義の自招侵害：反撃を予期・予定していなかったが、侵害を誘発する行為をした場合
 - * 挑発に対する相手方の反撃が正当防衛 → 不正性がなく、正当防衛不成立
 - * 挑発に対する相手方の反撃が違法 → 不正の侵害だが、正当防衛とならない場合がある

- ・ 正当防衛が否定される場合：自招性(挑発→反撃の触発、一連一体性)

+ 反撃が挑発に対しその程度を大きく超えない

→反撃行為が正当といえない：防衛の意思否定？

【最決平 20.5.20 刑集 62-6-1786】自招侵害(反撃への反撃)[H18 あ 2618]

傷害：懲役 10 月猶予 3 年→懲役 6 月猶予 3 年(量刑不当)→棄却

ゴミを捨てていた A に声をかけて言い争いになった被告人が A のほおを殴打して立ち去ったところ、追い掛けてきた A に背中等を強く殴打され、特殊警棒で A の顔面等を数回殴打し傷害を負わせたもの

「被告人は、A から攻撃されるに先立ち、A に対して暴行を加えているのであって、A の攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、A の攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない」

- ・ 喧嘩と正当防衛：喧嘩でも正当防衛は成立しうる

【最判昭 32.1.22 刑集 11-1-31】喧嘩と正当防衛[S29 あ 1808]

殺人：正当防衛・無罪→喧嘩闘争に正当防衛否定・懲役 4 年→破棄差戻し

最大判昭 23.7.7 につき、「いわゆる喧嘩は、闘争者双方が攻撃及び防禦を繰り返す一団の連続的闘争行為であるから、闘争のある瞬間においては、闘争者の一方がもつばら防禦に終始し、正当防衛を行う観を呈することがあつても、闘争の全般からみては、刑法三六条の正当防衛の観念を容れる余地がない場合があるというのであるから、法律判断として、まず喧嘩闘争はこれを全般的に観察することを要し、闘争行為中の瞬間的な部分の攻防の態様によつて事を判断してはならないということと、喧嘩闘争においてもなお正当防衛が成立する場合があり得るという両面を含む」→少なくとも過剰防衛成立の可能性があるから破棄差戻し

第3款 過剰防衛

1. 過剰防衛が刑の任意的減免事由とされる根拠を理解し、その成否について具体的事例に即して説明することができる。

§36-2 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

- ・ 過剰防衛：正当防衛の他の要件は満たすが、相当性を欠く場合

【最判昭 46.11.16 刑集 25-8-996】くり小刀事件(相当性を欠く場合)[前掲 S45 あ 2563]

「正当防衛が成立するには防衛行為がやむをえないものであることを要し（刑法三六条一項）、この要件を欠くときは、防衛の程度を超えたものとして、過剰防衛となり、違法性を阻却されないのである（同条二項）……後藤の加害行為は手拳で殴打する程度のものであつたのに対し、被告人はくり小刀を用い、しかも、相手の左胸部を突き刺したのであるから、被告人の行為が防衛行為として必要な程度を超えたものであり、刑法三六条の防衛上やむをえない行為にあたらぬ」「被告人に対する不正の侵害行為に急迫性がなく、または、被告人に防衛の意思がなかつたとするならば、本件において正当防衛の要件を欠くのみならず、過剰防衛の要件をも欠くことになるのは当然である。しかし、防衛上やむをえない行為でなかつたことは、正当防衛の要件を欠くことにはなつても、過剰防衛の要件を欠くことにはならないのである」

＊ 過剰性の判断：被保全法益・侵害行為の態様等、反撃行為の態様・強度・侵害法益、
他に採りうる手段の容易性等を考慮して決する

＊ 刑の減免の根拠

- ・ 責任減少説：違法性はあるが、緊急状態下なので強く非難できない

←主観面を重視することになり、主観的に緊急状態に陥っていれば急迫性等が不要になる

また、過剰結果を意図していると急迫性等が認められても過剰防衛にできなくなる

- ・ 違法減少説：不正な侵害に向けられた防衛行為ゆえ、違法性が減少している

- ・ 質的過剰と量的過剰

＊ 質的過剰：必要以上に反撃が強度の場合（素手に斧で反撃するなど）

＊ 量的過剰：侵害が弱まり又は止んだのに反撃をやめない場合

- ・ 盗犯等防止法の正当防衛規定

盗犯等防止法 1-1 左ノ各号ノ場合ニ於テ自己又ハ他人ノ生命、身体又ハ貞操ニ対スル現在ノ危険ヲ排除スル為犯人ヲ殺傷シタルトキハ刑法第三十六条第一項ノ防衛行為アリタルモノトス

一 盗犯ヲ防止シ又ハ盗贓ヲ取還セントスルトキノ二 兇器ヲ携帯シテ又ハ門戸牆壁等ヲ踰越損壊シ若ハ鎖鑰ヲ開キテ人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ船舶ニ侵入スル者ヲ防止セントスルトキノ三 故ナク人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ船舶ニ侵入シタル者又ハ要求ヲ受ケテ此等ノ場所ヨリ退去セザル者ヲ排斥セントスルトキ

#2 前項各号ノ場合ニ於テ自己又ハ他人ノ生命、身体又ハ貞操ニ対スル現在ノ危険アルニ非ズト雖モ行為者恐怖、驚愕、興奮又ハ狼狽ニ因リ現場ニ於テ犯人ヲ殺傷スルニ至リタルトキハ之ヲ罰セズ

【最決平 6.6.30 刑集 48-4-21】著しく不相当なら過剰防衛になる

＊ §1-1：「やむを得ずにした」不要だが、相当性は要求される

＊ §1-2：「現在の危険」不要で、責任阻却事由（誤想防衛の認定を緩やかにする者）

【最決昭 42.5.26 刑集 21-4-710】急迫不正の侵害が存在すると誤信している必要はある

第4款 誤想防衛

1. 誤想防衛、誤想過剰防衛の諸類型及びその法的処理について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
 - ・ 違法性阻却事由の錯誤
 - * 違法性阻却事由の評価についての錯誤：法律の錯誤となる
 - * 違法性阻却を基礎づける事実の錯誤：事実の錯誤で故意阻却(判例)

2. 誤想防衛

- ・ 誤想防衛：正当防衛状況にないのに、そう誤信して防衛行為をした場合
 - * 判例の処理：故意を阻却し、過失犯の成立を検討する(事実の錯誤)
 - ←法律の錯誤：故意は構成要件事実の認識だから ← これでは故意阻却は難しい
 - ←第三の錯誤：構成要件の錯誤ではないが、故意を阻却する錯誤であるとする
 - ←故意非難が向けうるかという点で、構成要件と違法性を区別する実益はない
- ・ 狭義の正当防衛の錯誤：防衛行為を行ったら、攻撃者以外の物を侵害した場合
 - * 正当防衛の防衛行為と誤信しているから、故意阻却とすべき
 - ←正当防衛または緊急避難で正当化すべき

【大阪高判平 14.9.4 判タ 1114-293】 誤って味方を轢死したもの[H13 う 1155]

暴行(A) = 傷害致死(B) : 同・懲役3年猶予5年 → 暴行正当防衛(A) = 傷害致死誤想防衛(B)・無罪

6名対10名で対峙中、A木刀で襲われたため自動車に逃げ込み、さらに兄Bを助けるため自動車を急後退させて相手方を追い払おうとしたところ、Aに衝突したのみならずBを轢死させたもの。

「不正の侵害を全く行っていない太郎に対する侵害を客観的に正当防衛だとするのは妥当でなく、また、たまたま意外な太郎に衝突し轢過した行為は客観的に緊急行為性を欠く行為であり、しかも避難に向けられたとはいえないから緊急避難だとするのも相当でないが、被告人が主観的には正当防衛だと認識して行為している以上、太郎に本件車両を衝突させ轢過してしまった行為については、故意非難を向け得る主観的事情は存在しないというべきであるから、いわゆる誤想防衛の一種として、過失責任を問い得ることは格別、故意責任を肯定することはできないというべきである。ところで、原判決は、前記のように特段の理由を示していないが、被告人に春野に対する暴行の故意があったことを認め、いわゆる方法の錯誤により誤って太郎を轢過したととらえ、法定的符合説にしたがって太郎に対する傷害致死の刑責を問うもののである。本件においては、上記のように被告人の春野に対する行為は正当防衛行為であり太郎に対する行為は誤想防衛の一種として刑事責任を考えるべきであるが、錯誤論の観点から考察しても、太郎に対する傷害致死の刑責を問うことはできないと解するのが相当である。すなわち、一般に、人(A)に対して暴行行為を行ったが、予期せぬ別人(B)に傷害ないし死亡の結果が発生した場合は、いわゆる方法の錯誤の場面であるとして法定的符合説を適用し、Aに対する暴行の(構成要件的)故意が、同じ「人」であるBにも及ぶとされている。これは、犯人にとって、AとBは同じ「人」であり、構成要件の評価の観点からみて法的に同価値であることを根拠にしていると解される。しかしこれを本件についてみると、被告人にとって太郎は兄であり、共に相手方の襲撃から逃げようとしていた味方同士であって、暴行の故意を向けた相手方グループ員とは構成要件的评价の観点からみて法的に人として同価値であるとはいえず、暴行の故意を向ける相手方グループ員とは正反對の、むしろ相手方グループから救助すべき「人」であるから、自分がこの場合の「人」に含まれないのと同様に、およそ故意の符合を認める根拠に欠けると解するのが相当である。この観点からみても、本件の場合、たとえ春野に対する暴行の故意が認められても、太郎に対する故意犯の成立を認めることはできない」「本件においては、上記のとおり故意犯が成立しないとしても、過失犯の成否が問題となり得る。しかし、被告人は激しい攻撃を受けて心理的動揺が激しかったと認められ、被告人の

過失責任の根拠となる注意義務を的確に構成することも困難であり、その他本件審理の状況をあわせ考えても、当裁判所において、検察官に対する訴因変更命令ないし釈明義務が発生するとはいえない」

3. 誤想過剰防衛

・ 区別：②③が狭義の誤想过剰防衛

①客観的に正当防衛状況はあり、正当防衛行為と誤信して過剰防衛行為をした場合

・ 棒の侵害者に、棒で反撃したと思ったら包丁だったような場合

→正当防衛の範囲は違法性阻却となり、過剰防衛行為の認識を欠くから、
過剰部分は故意が認められない(過剰部分は過失犯)

②客観的に正当防衛状況を欠き、正当防衛行為と誤信して過剰防衛行為をした場合

・ 急迫不正の侵害がないのに、棒の相手に、棒で反撃したと思ったら包丁だった場合

→全部につき故意が阻却され、過失犯の成否が問題となる(①と結局同じ)

③客観的に正当防衛状況を欠き、過剰防衛行為と認識して過剰防衛行為をした場合

・ 急迫不正の侵害がないのに、棒の相手に、包丁と認識して反撃した場合

→過剰部分の故意は残るため、故意犯に過剰防衛による減免可能性がある

・ 学説

* 狭義の誤想过剰防衛の扱いについて

・ 誤想防衛説：急迫性に関する誤信が重要ゆえ、基本的に誤想防衛で故意阻却とする

・ 過剰防衛説：誤想防衛は誤信した事実の下で相当性がある範囲に過ぎず、過剰ゆえ故意犯が
成立して過剰防衛による減免可能性があるのみ

←故意阻却の可否と減免可能性の有無は別個に論ずべき

* §36-2 の適用方法について

・ 責任減少説：主観的に急迫と思つての行為ゆえ責任が減少する

→過剰結果が生ずればすべて§36-2 適用

※過剰防衛・③は故意犯に減免、①②は過失犯に減免

←誤想防衛で過失犯が成立する場合より、②③の方が刑が軽くなってしまう

・ 違法減少説：防衛行為ゆえ違法性が減少する

→正当防衛状況がある①は§36-2 適用

※過剰防衛は故意犯に減免、①は過失犯に減免、②③は減免されない

・ 違法・責任減少説：両方が減少している

→①は違法減少で§36-2 適用、②③は責任減少で§36-2 適用(刑の免除は無理)

	責任減少	違法減少	違法責任減少
正当防衛	無罪	無罪	無罪
①	故意阻却→過失犯 + 減免	故意阻却→過失犯 + 減免	故意阻却→過失犯 + 減免
過剰防衛	故意犯 + 減免	故意犯 + 減免	故意犯 + 減免
誤想防衛	故意阻却→過失犯	故意阻却→過失犯	故意阻却→過失犯
②	故意阻却→過失犯 + 減免	故意阻却→過失犯	故意阻却→過失犯 + 減輕
③	故意犯 + 減免	故意犯	故意犯 + 減輕

・ ①の判例

【大阪地判平 3.4.24 判タ 763-284】包丁を棒と思って反撃した例(正当防衛肯定)

「被告人の行った行為それ自体は、刺身包丁で一回殴打し、加療約三一日間を要する傷害を負わせたというものであり、田沢の被告人に対する攻撃が素手によるものであることを考慮すれば、相当性の範囲を超えたものと評価されてもやむをえないものである。しかし、前記のとおり、被告人には反撃の手段が棒のような物という認識しかなかったためであり、本件のように、防衛行為の手段について客観的事実と行為者の認識との間に食い違いがある場合には、行為者の認識を基準として防衛行為の相当性を判断すべきである。そうすると、被告人が認識したような棒のような物で田沢の右肩付近を一回殴打する行為は、被告人の胸ぐらを両手で締めつける田沢の攻撃に対する反撃として、社会通念上相当な範囲にあると評価することができる」

【最判昭 24.4.5 刑集 34-421】斧を棒様のものと思って反撃した場合(過剰防衛)[S23 ね 1510]

父に襲われ、棒様のものと思って斧で殴って殺害したもの（尊属傷害致死：過剰防衛・懲役 2 年 6 月→棄却）

「原審は斧とは気付かず棒様のものと思つたと認定しただけでたゞの木の棒と思つたと認定したのではない、斧はたゞの木の棒とは比べものにならない重量の有るものだからいくら昂奮して居たからといつてもこれを手に持つて殴打する為め振り上げればそれ相応の重量は手に感じる筈である、当時七四歳（原審認定）の老父（原審は被害者が実父梅吉であることの認識があつたと認定して居るのである）が棒を持つて打つてかゝつて来たのに対し斧だけの重量のある棒様のもので頭部を原審認定の様に乱打した事実はたとえ斧とは気付かなかつたとしてもこれを以て過剰防衛と認めることは違法とはいえない」

【東京地判平 14.11.21 判時 1823-156】共犯者の過剰行為[H14 合 246]

傷害致死：誤想防衛・無罪／控訴後不明

元非行少年で今はまじめだが、たまに酔って暴力をふるう息子 D(25)に対し、母 A、長女 B(22)、二男 C(16)は協力して D を押さえていたが、酔った D が C に暴力をふるい、たしなめた A に暴力を振るおうとしたがうつぶせに転倒したことから、ABC が押さえていたところ、C が首の後ろを押さえたことで D が窒息死したものと。

「D の後頸部を右手で強く押さえつけるという C の反撃行為は、短時間にとどまるものであればともかく、そのような体勢のまま五分か一〇分くらいもの間押さえ続けたという点で、防衛行為の相当性の範囲を逸脱したもの」だが「D の後頸部を手で強く押さえつける行為以外の反撃行為そのものは、同人による急迫不正の侵害に対する防衛行為として、その相当性の範囲を逸脱するものであったとは認め難い」

「急迫不正の侵害に対して反撃行為を行った場合、客観的には、それが防衛行為の相当性の範囲を逸脱して過剰防衛とみられる場合であっても、その行為者において、相当性判断の基礎となる事実、すなわち、過剰性を基礎づける事実に関し錯誤があり、その認識に従えば相当性の範囲を逸脱していないときには、誤想防衛の一場合として、行為者に対し、生じた結果についての故意責任を問うことはできない。そして、複数の者が、そのような反撃行為を共同して行った場合、相当性判断の基礎となる事実の認識の有無は、各人について個別に判断すべきものと解されるから、そのうちの一人の反撃行為が、防衛行為の相当性の範囲を逸脱したものであり、そのような反撃行為により生じた結果につき、客観的には、共同して反撃行為を行った他の者の行為との間の因果関係を否定し得ない場合であっても、共同して反撃行為を行った者において、相当性判断の基礎となる事実に関し錯誤があり、その認識に従えば相当性の範囲を逸脱していないときには、誤想防衛の一場合として、その者に対し、生じた結果についての故意責任を問うことはできない」

「C については、その反撃行為が過剰防衛行為に当たると認められるにしても、被告人兩名については、いずれも、C が D の後頸部を右手で強く押さえつける行為に及んでいるという、本件における防衛行為の相当性判断の基礎となる事実、すなわち、過剰性を基礎づける事実についての認識に欠けていたとみるほかはないから（なお……被告人兩名の上記の誤認について、その責めに帰すべき過失があったことも認め難い）……被告人兩名については、防衛行為の相当性判断の基礎となる事実に関し錯誤があったのではないかという合理的な疑いを払拭することができず、したがって、被告人兩名の本件行為がいずれも誤想防衛行為に当たるとを否定し難いのである

るから、被告人兩名に対し、Dに対する傷害致死罪の故意責任を問うことはできないものというほかはない」

・ ③の判例

【最決昭 62.3.26 刑集 41-2-182】誤想過剰防衛(イギリス人によるもの)[S59 あ 1699]

傷害致死：誤想防衛・無罪→誤想過剰防衛・懲役 1.6 年猶予 3 年→棄却

空手三段のイギリス人が自転車で通行中、暴行されているように見えた女性が「助けた」などと言ったため、間に割って入ったところ、被害者がファイティングポーズをとったため、顔を回し蹴りして転倒させ死亡させたもの。警察を呼ぶよう言っただけで立ち去っていた。

「右事実関係のもとにおいて、本件回し蹴り行為は、被告人が誤信した播磨による急迫不正の侵害に対する防衛手段として相当性を逸脱していることが明らかであるとし、被告人の所為について傷害致死罪が成立し、いわゆる誤想過剰防衛に当たるとして刑法三六条二項により刑を減輕した原判断は、正当」

【最決昭 41.7.7 刑集 20-6-554】誤想過剰防衛(先に手を出したのを知らず発砲)[S40 あ 1998]

殺人未遂＋銃刀法違反：傷害＋銃刀法違反・懲役 8 月猶予 2 年→殺人未遂・過剰防衛＋銃刀法違反・酌量減輕・懲役 10 月猶予 2 年→弁護側上告棄却

長男が被害者を自転車チェーンで殴ったため、被害者が包丁をで切りかかろうとしたところ、それを見た父が猟銃を発射して負傷させたもの

「被告人の長男元明武公が桑山兼秋に対し、同人がまだなんらの侵害行為に出していないのに、これに対し所携のチェーンで殴りかかり、なお攻撃を加えることを辞さない意思で庖丁を擬した桑山と対峙していた際に、武公の叫び声を聞いて表道路に飛出した被告人は、右のごとき事情を知らず、武公が桑山から一方的に攻撃を受けているものと誤信し、その侵害を排除するため桑山に対し猟銃を発射し、散弾の一部を同人の右頸部前面鎖骨上部に命中させたものであること、その他原判決認定の事情のもとにおいては、原判決が被告人の本件所為につき、誤想防衛であるがその防衛の程度を超えたものであるとし、刑法三六条二項により処断したのは相当」

【東京地判平 20.10.27 判タ 1299-313】誤想過剰防衛(起き上っただけで包丁で刺したもの)

常々暴力を振るわれていたもの(殺人未遂・過剰防衛と障害未遂で減輕・懲役 3 年)

【東京地判平 5.1.11 判時 1462-159】過剰の程度が著しく刑の減免を認めず

何もないのに殴られると誤信し、文化包丁で刺殺したもの。誤想過剰防衛は認めるが減免をせず。

4. 誤想避難・誤想過剰避難

【大阪簡判昭 60.12.11 判時 1204-161】誤想過剰避難の例[S60 ろ 623]

窃盗：窃盗・再犯加重・過剰避難減輕・懲役 4 月(確定)

やぐざ風の男に危害を加えられると誤信して見かけた散髪バサミを窃取したもの

「それ故右のような状況下でなされた被告人の本件所為は現在の危難の誤想に基づく避難行為といえても止むを得ない程度をこえた過剰避難であるといわざるを得ない」

【東京地判平 9.12.12 判時 1632-152】誤想過剰避難の例[H8 合わ 284]

出入国管理法違反(不法残留)＋傷害致死：同・懲役 3 年(過剰緊急避難だが減免せず)(確定)

一晩自殺をうんぬんしていた妻が飛び降り自殺をするふりをしてベランダに行こうとしたところ、制止するためといら立ちから両肩を強く両手で突いて転倒させ顔面打撲で死亡させたもの

「本件においては、被害者が室内からベランダへ出て行こうとしたとき、同女には真実自殺する意思はなかったが、被告人は、同女が本気で自殺を図っているものと誤信してこれを制止しようとし、その際、あえて自殺を制止するのにやむを得ない程度を超えて本件暴行に及び、被害者を死に致らせたものである」

第3節 緊急避難

第1款 総論

1. 緊急避難の法的性格をめぐる基本的な考え方を理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ 緊急避難(§37)
 - §37-1 自己又は他人の生命、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
 - * 急迫不正の侵害ではなく、現在の危難を避けるための行為（不正である必要はない）
→法益の権衡が要求される
 - ・ 性質
 - * 違法性阻却事由(多数)
 - * 責任阻却事由 ∴ 第三者の不正でない法益は侵害し得ないが、期待可能性がないから
 - * 二分説（原則は違法性阻却、例外的に責任阻却）
 - ・ 法益同等の場合のみ責任阻却 ∴ 法益同等なら正当とは言えない
 - ・ 生命・身体に対する場合のみ責任阻却 ∴ 生命や身体どうして価値に差がない
 - ・ 義務の衝突＝不作為犯における緊急避難
 - * 同時に履行し得ない複数の義務が緊急に要求される場合
→より高い価値を有する義務を選択すれば緊急避難、低い価値を選択すれば不作為犯
 - ・ 要件
 - * 現在の危難：急迫性に相当
 - * やむを得ずにした行為：必要性・相当性・補充性
 - * 害の均衡
 - * 避けるため：明確な避難意思までは不要(判例) ∴ 過失犯に緊急避難を認める
←通常は補充性があれば結果回避可能性を欠く(過失の緊急避難は困難。過剰避難は可能)
【大阪高判昭 45.5.1 高刑集 23-2-367】 逆走車回避は緊急避難(単車への業過傷害を無罪)
2. 「現在の危難」の要件を理解し、具体的事例に即して説明することができる。
 - ・ 意義：法益に対する侵害ないしその差し迫った危険のこと
 - * 「現在」：§36の「急迫」と同一ゆえ、差し迫った危険もOK
 - ・ 政治亡命目的の密入国行為
【最判昭 39.8.4 判時 380-2】 革命立法施行間近(否定)
【松江高支判平 13.10.17 判時 1766-152】 計画外妊娠をした中国人(否定)
3. 「やむを得ずにした行為」の要件を理解し、具体的事例に即して説明することができる。
 - ・ 補充性が要求され、正当防衛より厳しい ∴ 被害者は不正な行為をしていない
 - * 意義：当該避難行為以外の方法がなく、かかる行動に出たことが条理上肯定しうること
 - ・ 厳格な補充性とする、これを欠くとただちに過剰避難も成立しないことになりうる
【最大判昭 24.5.18 刑集 3-6-772】「やむを得ずにした行為」の意義[S22 39]
住民を集め隠匿物資と断定した物資の分配を要求したもの（脅迫／棄却）

「現在ノ危難」とは現に危難の切迫していることを意味し、又「已ムコトヲ得ザルニ出デタル」というのは当該避難行為をする以外には他に方法がなく、かかる行動に出たことが条理上肯定し得る場合を意味する」

【最判昭 47.6.13 判時 695-119】軽微な侵害と補充性[S47 あ 1396]

「判示倉本、服部らの所為は、被告人の経営する分譲地の一角に、名ばかりの「倉庫」を設け、これに暴力団の看板を立てて不穏なふん囲気を醸成し、分譲地の売行きをそこね、既に契約した者のうちにも解約する者を生じ、よって被告人の会社を倒産の危機に瀕するにいたらしめたもの、すなわち被告人の営業に対する威力業務妨害的行為であって、被告人は、かかる現在の危難を避けるため、やむなく本件所為に出でたに過ぎない、というのであり、記録上、この主張にそうがごとき事情も、ある程度うかがわれないではなく、もし、被告人の主張するごとくであるならば、場合によっては、被告人の所為が罪とならず、あるいはその刑を減輕免除すべきこともありうるところである」（「倉庫」を壊したもの。建造物損壊：有罪／破棄差戻し）

- ・ やむを得ない程度を超えた場合 → 過剰避難となりうる

＊あまりに不相当であれば、「程度を超えた」ではなく補充性を欠き過剰避難とならない

＊過剰避難の否定例

【最判昭 35.2.4 刑集 14-1-61】吊り橋の爆破[S34 あ 949]

爆発物取締罰則＝往来妨害：酌量・懲役 3 年 6 月→法律不知(§38-3 但書)・酌量・懲役 2 年猶予 3 年→上告：破棄差戻し(S30 あ 755)→差控：過剰避難・酌量・懲役 2 年猶予 3 年→上告：破棄差戻し→二差控：棄却→棄却腐朽した吊り橋(関根橋)の架け替えが進まないため、災害補償金目的でダイナマイトで爆破したものの。

「本件所為は右危険を防止するためやむことを得ざるに出でた行為であつて、ただその程度を超えたものであると判断するのであるが、仮に本件吊橋が原審認定のように切迫した危険な状態にあつたとしても、その危険を防止するためには、通行制限の強化その他適当な手段、方法を講ずる余地のないことはなく、本件におけるようにダイナマイトを使用してこれを爆破しなければ右危険を防止しえないものであつたとは到底認められない。しか
らば被告人等の本件所為については、緊急避難を認める余地なく、従つてまた過剰避難も成立しえない」

【大阪高判平 10.6.24 判時 1665-141】暴力団事務所から脱走するため放火

【大阪高判平 7.12.22 判タ 926-256】他の車とのトラブルで急発進右折し対向車と衝突

【神戸地判平 17.10.24】トラブル車両を引き離した後も 46km/h 超過で走行

＊過剰避難の肯定例

【東京高判昭 57.11.29 刑月 14-11=12-804】暴行から免れるための酒気帯び運転(刑免除)

市街地に着くまでは緊急避難で、その先はやりすぎだが、全体として過剰避難で免除

【堺簡判昭 61.8.27 判タ 618-181】発熱した少女を病院に運ぶための速度超過(刑免除)

【神戸地判平 13.11.15】あおられたため 50km/h の道を 112km/h で走行

【東京地判平 21.1.13 判タ 1307-309】前車の急な車線変更で右に寄り後続車が事故

4. 害の均衡の要件を理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 生じた害≦避けようとした害 → 法益の権衡を欠くと過剰避難

【大判昭 8.11.30 刑集 12-2160】緊急避難(豪雨時に稲を守るため 40 円の堰を破壊)

【大判昭 12.11.6 刑集 12-2160】緊急避難(600 円の猟犬を守るため 150 円の番犬射殺)

【東京地判平 8.6.26 判時 1578-39】過剰避難(オウム真理教元薬剤師殺害事件)[H7 合わ 186]

殺害される現在の危険性まではなかったとし、身体 の危険で生命を侵害したから過剰避難

第2款 自招危難

1. 行為者自らが現在の危難を招致した場合における緊急避難の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 行為者が自己の故意又は過失により自ら招いた危難を回避するための行為

→緊急避難行為にあたらぬ

* 交通事故で用いられることとがあるが、過失を広くとればいいだけのこと

* 相当性を欠くとして緊急避難を否定した例

【大判大 13.12.12 刑集 3-878】 飛び出した少年を避けるため老女をはねたもの

* 自招危難とした例

【東京高判昭 45.11.26 判タ 263-355】 急ブレーキをかけず被害者を轢死[S45 う 1690]

「行為者が自己の故意又は過失により自ら招いた危難を回避するための行為は、緊急避難行為には当らない……被告人が降雨のため路面が湿潤して滑走し易い状況であり、前方に横断歩道が設置されていることを知っており、対向車のために横断歩道を渡ろうとしていた歩行者を発見しにくい状態であつたから、横断歩道上を横断中の歩行者のあることを慮り、その直前で一時停止しうよう予め速度を調節して進行し、かつ右横断歩道を横断中の歩行者を認めた場合には、同横断歩道の直前で一時停止し、その通過を待つて進行すべき業務上の注意義務があるのに、これを怠り、漫然従前の時速約四五キロメートル（制限速度時速四〇キロメートル）で進行を続けたばかりでなく、同横断歩道を右から左に向けて小走りで横断していた被害者を右斜め前方約三〇メートルの地点に認めたのに、警音器を鳴らして警告したのみで、その直前に至るまで制動措置もとらずに進行を続けた各過失により、自動車を被害者に衝突させて原判示の傷害を与えたものである……従つて、所論が主張するように、被告人車輛が急ブレーキをかけた場合には、被告人車輛は滑走して横転、横向き又は歩道上に乗りあげ或いは対向車線に入り、歩道上の歩行者や対向車に与えるという現在の危険があつたとしても、それは、そもそも、被告人が道路交通法第七〇条に明定されている、道路、交通および被告人車輛等の状況に応じ、他人に危害を及ぼさないような速度と方法で運転しなかつたために自ら招いたものと認められる。すなわち、前叙認定の如く、被告人が横断歩道に接近するにあたり、歩道上の歩行者の安全を保護するため、横断歩道直前で一時停止ができるに足りる適当な速度の調整を行なわなかつたがためである。されば、所論その余の点について判断するまでもなく、被告人の原判示所為が緊急避難の要件を備えていない」

【東京高判昭 47.11.30 刑月 4-11-0807】 対向車を回避してスリップし乗客が負傷

第4章 責任阻却事由

第1節 責任阻却事由

第1款 総説

1. 責任とは何かについて理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ 責任＝非難可能性：非難しうるものでなければ行為者を処罰できない
∴ 応報刑論 or 非難可能性がないのに処罰しても犯罪予防効果がない
→ 非難可能性＝他行為可能性がある場合（期待可能性）
2. 責任阻却事由にどのようなものがあるかについて理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ §38-3＝違法性の認識の欠如
 - ・ §39＝心神喪失(責任無能力)・心神耗弱(限定責任能力)
 - ・ §41＝責任年齢：政策的規定
§41 十四歳に満たない者の行為は、罰しない
 - ・ 超法規的責任阻却事由＝期待可能性
3. 適法行為の期待可能性について理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ 適法行為の期待可能性
＝行為時の具体的事情の下で行為者が他の適法行為を行いうるであろうと期待できる可能性
* 期待可能性が欠ける・減少することの反映とされる法規
 - ・ 盗犯等防止法§1-2
 - ・ §36-2, 37-1 但書＝過剰防衛・過剰避難による刑の減輕
 - ・ §105, 257＝親族相隠例・親族相盗例 ∴ 期待可能性の減少
 - ・ 偽造通貨取得後知情行使罪(§152)や自己墮胎罪(§212)の法定刑の低さ
 - * 犯罪論体系上の位置づけ
 - ・ 故意・過失の構成要素 ← 少なくとも故意については定義上無理
 - ・ 故意・過失と別個の責任要素 ← 検察官に積極的立証を要求することにならないか
 - ・ 独立の責任阻却事由
 - ・ 期待可能性の標準
 - * 行為者標準説：行為時の具体的事情の下で、当該行為者に期待できるか
← 法秩序の弛緩につながる
 - * 一般人(平均人)標準説：通常人が行為時に行為者の地位にあったら期待できるか
← 本人に無理であるのに非難できるのか
 - * 国家標準説：期待する側の法秩序の具体的要求により判断すべき
← 結局、本人に期待しているのか、一般人に期待しているのかの問題に尽きる
 - ・ 期待可能性と判例：最高裁は期待可能性欠如以外で無罪にする

【最判昭 33.7.10 刑集 12-11-2471】構成要件不該当としたもの[S28 あ 5469]

スト続きに本社から納付に必要な送金もなかった工場長が失業保険法の保険料不納付罪に問われたもの。

控訴審は「納付義務者の義務の履行につき期待可能性を欠くことを理由として、これを故意によるものとするに由なく、保険料不納付の公訴事実たるや、結局犯罪の証明なきに帰する」として無罪（上告棄却）

「五三条二号に「被保険者の賃金から控除した保険料をその納付期日に納付しなかつた場合」というのは、法人又は人の代理人、使用人その他の従業者が、事業主から保険料の納付期日までに被保険者に支払うべき賃金を受けとり、その中から保険料を控除したか、又はすくなくとも事業主が保険料の納付期日までに、右代理人等に、納付すべき保険料を交付する等、事業主において、右代理人等が納付期日に保険料を現実に納付しうる状態に置いたに拘わらず、これをその納付期日に納付しなかつた場合をいう」「被告人会社は、その代理人たる被告人林宏に、本件保険料を、その納付期日までに交付したことも認められず、その他被告人会社において被告人林宏が、右保険料を納付期日に現実に納付しうる状態に置いたことも認められない。しからば、被告人林宏が本件保険料をその納付期日までに納付しなかつたとしても、それが失業保険法三二条違反として、同法五三条二号、五五条に該当するものと認められないことは、既に説示した同条項の法意に照らし明らかであつて、被告人林宏は、犯罪構成要件を欠き無罪たるべきものであり、行為者たる同被告人が無罪である以上、被告人会社も同法五五条の適用を受くべき限りでなく、これまた無罪たるべきものである」

* 認めた下級審判例：違法性の認識も欠如しているような例

【高知地判昭 43.4.3 判時 517-89】 管轄署が風営法(無許可営業)の許可不要と告げたもの

【一宮簡判昭 48.12.22 判時 739-137】 病院長等の指示でした無免許の診療X線照射

【東金簡判昭 35.7.15 下刑集 27=8-1066】 墓地埋葬法違反(墓地でない山林への埋葬)

【松江地浜田支判昭 38.12.11 下刑集 5-11=12-1160】 諜報活動と信じた渡航(密出国)

【松山地判昭 40.2.27 下刑集 7-2-239】 輸入許可が不当に止められた例(関税法違反)

第2款 責任能力

1. 責任能力が必要とされる理由について理解し、その概要を説明することができる。

- ・ 責任能力：行為者の、有責に行為する能力のこと
→事物の善悪是非を弁別し、かつそれに従って行動する能力
- ・ 責任能力と故意の判断順序
* 弁別能力がなく、対象が人であると認識せずに殺害するような場合
→故意なしとすると医療観察法の対象にならない

【東京高判平 20.3.10 判タ 1269-234】心神喪失の判断を先行させたもの[H19 う 1940]

「刑法では、故意を定めた38条の後に心神喪失及び心神耗弱を定めた39条が置かれているから、故意が肯定された後に、責任能力の有無を判断するといった判断順序となるのが、条文の順序に従ったもの」「幻覚妄想に支配されて事理弁識能力を欠いた状態で殺人を犯した場合には、刑法上は、殺意がないと認定しても、心神喪失と認定しても、いずれにしても、無罪であるとの結論に差異は生じない、換言すれば、前記判断構造に内在する不合理性は、無罪との結論との関係では顕在化しない」「他方、医療観察法上は、故意がないとして無罪となった場合には対象者とならないのに対し、心神喪失として無罪となった場合には対象者となることとされているところ、医療観察法が本来対象とするのは、心神喪失者であるから、そういった者が、事理弁識能力を欠いていることに基づいて責任要素としての故意を欠くとして無罪とされ、その結果、対象者に該当しないということになれば、医療観察法の適正な運用・解釈に大きく背理する事態が発現することになるといえる」「事理弁識能力を欠くことに基づいて、殺害行為の対象者が「人」であることまでの認識を有しているとは認められない場合には、責任能力の有無の判断に先行して、責任要素としての殺意を欠くとして無罪とするのではなく、責任要素としての殺意の有無の判断に先行して、事理弁識能力を欠くが故に心神喪失であるとして無罪とするのが、前記判断構造に内在する不合理性を是正した合理的な判断構造といえる」（殺人・現住建造物放火：無罪→棄却・確定）

2. 心神喪失、心神耗弱の意義及び判断方法を理解し、その概要を説明することができる。

- ・ 意義
* 心神喪失：精神の障害により、事理弁識能力、又はそれに従って行動する能力を欠くこと
§39-1 心神喪失者の行為は、罰しない
* 心神耗弱：〃が著しく減退していること
#2 心神耗弱者の行為は、その刑を減輕する
- ・ 判断方法
* 判断方法
・ 生物学的方法：生物学・医学的な精神の障害が存したか
・ 心理学的方法：是非弁別能力・それに従って行動する能力があったか
・ 混合的方法(判例・通説)：生物学的方法+心理学的方法
* 判断：法律判断であり、生物学的・心理学的要素も裁判所の評価に委ねられる
→一連の事情を踏まえた総合評価

【最決昭 58.9.13 判時 1100-156】責任能力の有無の判断[S58 あ 753]

「被告人の精神状態が刑法三九条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であって専ら裁判所に委ねられるべき問題であることはもとより、その前提となる生物学的、心理学的要素についても、右法律判断との関係で究極的には裁判所の評価に委ねられるべき問題である」（覚せい剤中毒者の窃盗：有罪／棄却）

【最決昭 59.7.3 刑集 38-8-2783】責任能力の有無の判断[S58 あ 1761]

交際相手の家族らを殺害したもの。殺人×5 + 殺人未遂×2 : 死刑→棄却→破棄差戻し→心神耗弱・無期→棄却
「被告人の精神状態が刑法三九条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であるから専ら
裁判所の判断に委ねられているのであつて、原判決が、所論精神鑑定書……の結論の部分に被告人が犯行当時心
神喪失の状況にあつた旨の記載があるのにその部分を採用せず、右鑑定書全体の記載内容とその余の精神鑑定の
結果、並びに記録により認められる被告人の犯行当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を総合し
て、被告人が本件犯行当時精神分裂病の影響により心神耗弱の状態にあつたと認定したのは、正当」

【最判平 20.4.25 刑集 62-5-1559】責任能力の有無の判断[H18 あ 876]

「被告人の精神状態が刑法39条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であつて専ら裁
判所にゆだねられるべき問題であることはもとより、その前提となる生物学的、心理学的要素についても、上記
法律判断との関係で究極的には裁判所の評価にゆだねられるべき問題である(最決昭 58.9.13)。しかしながら、
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つたりするなど、
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ものという
べきである」(傷害致死：心神喪失→心神耗弱→破棄差戻し→心神耗弱)

第3款 原因において自由な行為

1. 行為者自らが精神障害を招き、実行行為を開始する時点で責任能力が失われ、又は、著しく低下していた場合における刑法 39 条の適用の可否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 行為と責任の同時存在の原則

- ← 勢いをつけるため覚せい剤を用い、心神喪失で犯罪を行ったら無罪か

- ・ 原因において自由な行為の理論

- = 自らを責任無能力状態に陥れて犯罪結果を生ぜしめた場合、原因行為を根拠に罰する

- * 原因行為時に実行の着手を認める（間接正犯の応用）

- ← 限定責任能力の場合は使えない

- ← 実行の着手が早すぎ、未遂犯の成立範囲が不合理に広い

- * 実行の着手は結果行為時だが、可罰性を認める

- ・ 実行行為は原因行為時に認められるが、実行の着手は結果行為時まで待つ

- ← 実行行為の開始 = 実行の着手との観念が定着しており、受け容れ難い

- ・ 同時存在の原則の修正（実行行為時に責任能力がなくてもいい）

- ∴ 無能力を有責に招いた原因行為時には、責任能力があったから

- 責任能力のあった時点で、結果発生に向けられた行為を実質的に開始していたか、

- それと一連の行為を既に開始していた場合には、責任を阻却しない

- 二重の故意の理論：結果についての故意 + 責任無能力状態になることの故意が必要

- ・ 判例

- 【最大判昭 26.1.17 刑集 5-1-20】病的酩酊による殺人は過失致死[S25 れ 548]

- 「本件被告人の如く、多量に飲酒するときは病的酩酊に陥り、因つて心神喪失の状態において他人に犯罪の害悪を及ぼす危険ある素質を有する者は居常心神喪失の原因となる飲酒を抑止又は制限する等前示危険の発生を未然に防止するよう注意する義務あるものといわねばならない。しからば、たとえ原判決認定のように、本件殺人の所為は被告人の心神喪失時の所為であつたとしても（イ）被告人にして既に前示のような己れの素質を自覚していたものであり且つ（ロ）本件事前の飲酒につき前示注意義務を怠つたがためであるとするならば、被告人は過失致死の罪責を免れ得ないものといわねばならない。そして、本件殺人の公訴事実中には過失致死の事実をも包含するものと解するを至当とすべきである」（殺人等：殺人の点は無罪→破棄差戻し）

- 【名古屋高判昭 31.4.19 高刑集 9-5-411】ヒロポン注射後の殺人[S30 う 413]

- 「薬物注射により症候性精神病を発しそれに基づく妄想を起し心神喪失の状態に陥り他人に対し暴行傷害を加へ死に至らしめた場合に於て注射を為すに先だち薬物注射をすれば精神異常を招来して幻覚妄想を起し或は他人に暴行を加へることがあるかも知れないことを予想しながら敢て之を容認して薬物注射を為した時は暴行の未必の故意が成立する」（殺人：殺人・心神喪失→傷害致死・懲役 3 年猶予 5 年）

- 【大阪地判昭 51.3.4 判時 822-109】病的酩酊で強盗(示兇器脅迫罪のみ認定)[S49 わ 1399]

- 「いわゆる原因において自由な行為としての故意犯においては、行為者が責任能力のある状態で、自ら招いた精神障害による責任無能力又はは減低責任能力の状態を犯罪の実行に利用しようという積極的意思があるから、その意思は犯罪実行の時にも作用している……犯罪実行時の行為者は、責任無能力者としての道具……又は減低責任能力者としての道具……であると同時に、責任能力のある間接正犯たる地位も持つ。一方過失犯の場合は、原

因設定行為時における責任能力のある状態での前記不注意という心的状態が事故惹起時にも作用しているので、この時点における行為者は、前述の単純道具又は負罪道具であるばかりでなく、責任能力のある不注意な行為者でもある……従って、故意犯についてはその実行行為時に、過失犯については事故惹起時に、それぞれ責任能力のある間接正犯としての行為の法的定型性の具備、行為と責任の同時存在を共に認めることができるのである」

「被告人は、本件犯行前飲酒を始めるに当っては、積極的に責任無能力の状態において犯罪の実行をしようとして決意して飲酒したとは認められないから、確定的故意のある作為犯とはいえないけれども、右飲酒を始めた際は責任能力のある状態にあり、自ら任意に飲酒を始め、継続した……右飲酒時における責任能力のある状態のもとでの注意欠如どころか、積極的に右禁酒義務に背き、かつ、飲酒を重ねるときは異常酩酊に陥り、少くとも減低責任能力の状態において他人に暴行脅迫を加えるかもしれないことを認識予見しながら、あえて飲酒を続けたことを裕に推断することができるから、暴行脅迫の未必の故意あるもの……自ら招いた単純道具状態における故意犯の犯意は、責任能力のある状態のもとで認識予見し、認容した範囲に限定され、単純道具において知覚し意思を生じたものは人格の発現と認められないので否定されるべき……被告人は、前記飲酒開始から飲酒継続中を通じて強盗をする意思のあったことを認むべき一片の証拠すらなく……鬱憤晴しの気持で漠然と牛刀を携帯したと認めるのが相当……被告人が負罪道具以上に人格を回復した状態において金品強取を表象認容し判示所為に出たとは認め難く、右所為当時も依然病的酩酊中であつたと認めざるをえないのであって、前述犯意の逆戻作用は否定されるべきものであり、本件を強盗未遂に間擬することは到底できず、認定しうる犯罪事實は、判示範囲に止まらざるをえない」(強盗：縮小認定して示兇器脅迫罪(暴力行為等処罰 1、刑 208,222-1)で有罪)

＊途中から心神耗弱に陥り、死亡結果は心神耗弱状態で生じさせた場合 → 心神耗弱否定

【大阪地判昭 58.3.18 判時 1086-158】暴行途中から酩酊で錯乱状態で死亡させる(傷害致死)

【長崎地判平 4.1.14 判時 1415-142】酩酊を深めながら暴行を続け死亡させた場合

焼酎を一升～一升八合飲みながら妻を暴行し死亡させたもの。八合程度飲んだ時点では妻は暴行を付けつつもまだ自力で動ける状況だったことが目撃されていた(傷害致死：懲役3年猶予3年・確定)

「本件は、同一の機会に同一の意思の発動にでたもので、実行行為は継続的あるいは断続的に行われたものであるところ、被告人は、心神耗弱下において犯行を開始したのではなく、犯行開始時において責任能力に問題はなかったが、犯行を開始した後に更に自ら飲酒を継続したために、その実行行為の途中において複雑酩酊となり心神耗弱の状態に陥ったにすぎないものであるから、このような場合に、右事情を量刑上斟酌すべきことは格別、被告人に対し非難可能性の減弱を認め、その刑を必要的に減輕すべき実質的根拠があるとはいえない。そうすると、刑法三九条二項を適用すべきではない」

2. 限定責任能力と原因において自由な行為の理論

- ・ 限定責任能力の場合に、原因において自由な行為の理論は適用できるか

＊ 否定説：動機だけを取り出して心神耗弱による減輕を否定するのはおかしい

＊ 肯定説：心神耗弱で実行した方がより責任非難が強いはずで、減輕も認められない

- ・ 判例：飲酒時の故意を取り上げているが、強い関連性が認められる

【最決昭 43.2.27 刑集 22-2-67】酒酔い運転に心神耗弱は認められない[S42 あ 1814]

①窃盗+②道交法違反(飲酒運転)+③恐喝+④器物損壊：①②③・心神耗弱、④無罪(不可罰的事後行為)→被告控訴：①無罪(自己の車と誤信した可能性)、②完全責任+③心神耗弱→棄却

ビール 20 本飲んでから①他人の自動車に②乗って帰り、③途中乗せたはしご酒中の男から乗車料金と称して金を奪った上、④奪った自動車のガラスを割ったもの

「酒酔い運転の行為当時飲酒酩酊により心神耗弱の状態にあつたとしても、飲酒の際酒酔い運転の意思が認められる場合には、刑法三九条二項を適用して刑の減輕をすべきではない」

第4款 違法性の意識

1. 事実の錯誤と違法性の錯誤を区別することにどのような意義があるかを理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 事実の錯誤と法律の錯誤の区別

→故意を否定すべき重大な錯誤かどうか

＊ 事実の認識はあるが、事実の意味の認識を欠く場合

【最判平 1.7.18 刑集 43-7-752】 公衆浴場法の無許可営業罪の故意[S60 あ 1591]

公衆浴場法違反(無許可営業)：有罪／一部破棄自判(法令適用誤り・刑同じ)／破棄自判(無罪)

新規の営業許可がされないため、被告人の実父が受けた営業許可を変更届で会社名義にして特殊浴場を営業していたが、この受理は無効だったもの。実際は県議の口利きで県職員の助言を得て手続をしていた。

「被告人としては、この変更届受理により被告会社に対する営業許可がなされたものと認識していたこと、変更届受理の前後を問わず、被告人ら被告会社関係者において、本件浴場を営業しているのが被告会社であることを秘匿しようとしたことはなかつたが、昭 56.3 に静岡市議会では変更届受理が問題になり新聞等で報道されるようになるまでは、本件浴場の定期的検査などを行ってきた静岡市南保健所からはもちろん誰からも被告会社の営業許可を問題とされたことがないこと、昭 56.5.19 に静岡県知事から被告会社に対して変更届ないしその受理が無効である旨の通知がなされているところ、被告会社はそれ以前の同年 4.26 に自発的に本件浴場の経営を中止していること、以上の事実が認められ、被告人が変更届受理によつて被告会社に対する営業許可があつたとの認識のもとに本件浴場の経営を担当していたことは明らか」「本件公訴事実中変更届受理後の昭和四七年一二月一二日から昭和五六年四月二六日までの本件浴場の営業については、被告人には「無許可」営業の故意が認められないことになり、被告人及び被告会社につき、公衆浴場法上の無許可営業罪は成立しない」受理前については公訴時効完成だが、一罪の一部として公訴提起されているから、免訴ではなく無罪。

【最判平 15.11.21 刑集 17-10-1043】 停めた車を失念して長時間駐車したもの(故意否定)

自動車の保管場所の確保等に関する法律 11-2:2 違反(過失犯処罰規定なし)：有罪／破棄自判・無罪

【最決平 18.2.27 刑集 60-2-253】 一部座席を外した大型自動車を普通と誤認(故意肯定)

道交法違反(無免許運転)：有罪(周囲から大丈夫と聞いていたが、車検証の定員欄には 15 名と記入されていた)

【大判大 14.6.9 刑集 4-378】 たぬき・むじな事件[T14 れ 306]

「十文字貉は禁止獣たる狸と別物なりとの信念の下に之を捕獲したるものなれば狩猟法の禁止せる狸を捕獲するの認識を欠如したるや明かなり。蓋し学問上の見地よりずるときは貉は狸と同一物なりとするも斯の如きは動物学上の知識を有する者にして甫めて之を知ることを得べく却て狸、貉の名称は古来並存し我国の習俗亦此の二者を区別し毫も怪まざる所なるを以て狩猟法中に於て狸なる名称中には貉をも包含することを明にし国民をして適帰する所を知らしむるの注意を取るを当然とすべく単に狸なる名称を掲げて其の内に当然貉を包含せしめ我国古来の習俗上の觀念に従ひ貉を以て狸と別物なりと思惟し之を捕獲したる者に対し刑罰の制裁を以て之を臨むが如きは決して其の当を得たるものと謂ふを得ず。故に本件の場合に於ては法律に捕獲を禁ずる狸なるの認識を欠缺したる被告に対しては犯意を阻却するものとして其の行為を不問に付するは固より当然なりと謂はざるべからず。此の点に於ても亦犯罪の証明なきものなり」(但し、捕獲していないとも判示)

【最判昭 26.8.17 刑集 5-9-1789】 無主犬と誤信して殺した例[S25 れ 1242]

「被告人は本件犯行当時判示の犬が首環はつけていたが鑑札をつけていなかったところからそれが他人の飼犬ではあつても無主の犬と看做されるものであると信じてこれを撲殺するにいたつた旨弁解している……明治三十四年五月一四日大分県令第二十七号飼犬取締規則第一条には飼犬証票なく且つ飼主分明ならざる犬は無主犬と看做す旨の規定があるが同条は同令第七条の警察官吏又は町村長は獣疫其の他危害予防の為必要の時期に於て無

主犬の撲殺を行ふ旨の規定との関係上設けられたに過ぎないものであつて同規則においても私人が檀に前記無主犬と看做される犬を撲殺することを容認していたものではないが被告人の前記供述によれば他人は右警察規則等を誤解した結果鑑札をつけていない犬はたとい他人の飼犬であつても直ちに無主犬と看做されるものと誤信していたというのであるから、本件は被告人において右錯誤の結果判示の犬が他人所有に属する事実について認識を欠いていたものと認むべき場合であつたかも知れない。されば原判決が被告人の判示の犬が他人の飼犬であることは判つていた旨の供述をもつて直ちに被告人は判示の犬が他人の所有に属することを認識しており本件について犯意があつたものと断定したことは結局刑法三八条一項の解釈適用を誤つた結果犯意を認定するについて審理不尽の違法があるものといはざるを得ない」(毀棄・窃盗：有罪→破棄差戻し)

2. 違法性の意識とは何かについて理解し、その概要を説明することができる。

- ・ 違法性の意識(§38-3)：「法律を知らない」＝違法性の意識を欠く

§38-3 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

3. 違法性の意識を欠く場合における犯罪の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 違法性の意識を欠く場合の犯罪の成否：故意を欠くか

* 故意説：一定の場合に故意を欠くとする立場（→過失犯成立の可能性はある）

- ・ 厳格故意説：違法性の意識がなければ故意はない

←故意犯処罰が狭くなりすぎ、妥当でない。特に自分は適法と信ずる確信犯が不可罰に。

- ・ 制限故意説：違法性の意識は不要だが、意識の可能性(無意識に過失)が必要

←故意はあるかないかのはずで、認識しているのに可能性で否定されるのはどうか。

また、過失があるだけでなぜ過失ではなく故意になるのか。

* 責任説：違法性の意識なく故意は認められるが、意識可能性がなければ責任阻却(→無罪)

←構成要件は違法性を意識しうる程度の事実の認識ゆえ、想定できない

※違法性の意識可能性がないことは、超法規的責任阻却事由となる

- ・ 厳格責任説：構成要件に関する錯誤以外は法律の錯誤（誤想防衛等は責任阻却）

- ・ 制限責任説：違法性阻却事由の錯誤は事実の錯誤に含む（故意阻却）

* 判例：違法性の意識なく故意は認められ、故意があれば原則として可罰的

←故意があれば違法性の意識を問題にせず処罰するのは不当

←実際には違法性の意識を故意の有無の判断に取り込んでいる

【最大判昭 23.7.14 刑集 2-8-889】違法性の認識（メタノール事件）[S23 れ 202]

「メチルアルコール」であることを知つて之を飲用に供する目的で所持し又は譲渡した以上は、仮令「メチルアルコール」が法律上その所持又は譲渡を禁ぜられている「メタノール」と同一のものであることを知らなかつたとしても、それは単なる法律の不知に過ぎないのであつて、犯罪構成に必要な事実の認識に何等欠くところがないから、犯意があつたものと認むるに妨げない」（有毒飲食物等取締令違反：有罪／棄却）

【最判昭 24.2.22 刑集 3-2-206】同種事件で「有害かもしれない」程度の認識では故意がない

【最判昭 32.10.18 刑集 11-10-2663】刑罰法規を知らなくても違法の認識あり→38-3 不適用

【最大判昭 32.3.13 刑集 11-3-997】チャタレー事件[S28 あ 1713]

「刑法一七五条の罪における犯意の成立については問題となる記載の存在の認識とこれを頒布販売することの

認識があれば足り、かかる記載のある文書が同条所定の猥褻性を具備するかどうかの認識まで必要としているものでない。かりに主観的には刑法一七五条の猥褻文書にあたらないものと信じてある文書を販売しても、それが客観的に猥褻性を有するならば、法律の錯誤として犯意を阻却しないものといわなければならない。猥褻性に関し完全な認識があつたか、未必の認識があつたのにとどまつていたか、または全く認識がなかつたかは刑法三八条三項但書の情状の問題にすぎず、犯意の成立には関係がない」

【最決昭 62.7.16 刑集 41-5-237】違法性の認識（紙幣模造）[S60 あ 457]

百円紙幣に似せたサービス券を製作したもの。事前に警察官に助言を受けていたが、できたものを持参したところ特に文句を言われなかったため、大丈夫と思っていた（通貨及証券模造取締法違反：有罪／棄却）

「被告人花本が第一審判示第一の各行為の、また、被告人中川が同第二の行為の各違法性の意識を欠いていたとしても、それにつきいずれも相当の理由がある場合には当たらないとした原判決の判断は、これを是認することができるから、この際、行為の違法性の意識を欠くにつき相当の理由があれば犯罪は成立しないとの見解の採否についての立ち入った検討をまつまでもなく、本件各行為を有罪とした原判決の結論に誤りはない」

【東京地判平 14.12.16】車検会社の代取がみなし公務員と知らなくても贈賄罪成立

- ・ 違法性の意識の可能性がない場合：判例は故意犯処罰を認める

【大判大 13.8.5 刑録 3-611】法令の発布を知りえない場合(大正 12 年勅令 405 号違反)

【最判昭 26.1.30 刑集 5-2-374】法令公布同日施行の場合(麻薬取締規則違反)[S24 れ 2006]

「違法の認識が犯意成立の要件でないことについては、従来大審院の判例としたところであつたが、新憲法施行後においても当裁判所は、有毒飲食物取締令違反被告事件につき、犯罪の構成に必要な事実の認識に欠けるところがなければその事実が法律上禁ぜられていることを知らなかつたとしても、犯意の成立を妨げるものでない旨説示して従前の判例を維持したのである（最大判昭 23.7.14）……今にわかに右判例を変更しなければならない理由を見出すことはできない。以上のように、新憲法下における解釈としても、違法の認識は犯意成立の要件ではないのであるから、刑罰法令が公布と同時に施行されてその法令に規定された行為の違法を認識する暇がなかつたとしても犯罪の成立を妨げるものではない。されば被告人が昭 21.6.19 麻薬取締規則が公布され同日以降施行されていたことについて、これを知らなかつたとしても、かかる法令の不知は未だ犯意の成立を妨げるものではないから、同日以降の被告人の判示所為に対して右規則を適用して処断した原判決は正当である」（麻薬取締法・麻薬取締規則違反：有罪／棄却）

【東京高判昭 38.12.11 高刑集 16-9-787】サンダル運転禁止の県公安委規則不知でも有罪

【札幌高判昭 25.9.8 判タ 13-53】僻地で官報記載の統制価格を不得知でも統制令違反は有罪

第5章 未遂犯

第1節 未遂犯

第1款 総説

1. 未遂犯はなぜ処罰されるかに関する主要な見解を理解し、その概要を説明することができる。

・未遂犯の処罰根拠

* 犯罪行為に着手した以上、結果はその人間の犯罪性にとって重要でない（行為無価値）

= 危険な意思を処罰するもの ← 未遂犯処罰が例外的である点と矛盾

* 客観的な法益侵害の結果が生じておらず、むしろ処罰不要（結果無価値）

←未遂犯処罰が実際定められている

* 法益侵害の危険性を生じたから処罰する

∴ 重大な法益の侵害発生の確率の高い行為は、結果の発生を待たずに罰した方がよい

・予備・陰謀罪＝未遂以前の行為を罰するもの

* 予備＝実行の着手に至らない準備行為

* 陰謀＝複数の者の間での犯罪の合意

・ 予備＝殺人(§201)、放火(§113)、強盗(§237)、身代金目的略取等(§228/3)

・ 予備・陰謀＝内乱(§78)、外患(§88)、私戦(§93)

・ 準備＝通貨偽造等(§153)、支払用カード電磁的記録不正作出(§163/4)

* 性質：目的犯＝基本犯実現の目的が必要(主観的超過要素)

* 自己予備：自分が基本犯を実現する目的で準備する場合

⇔ 他人予備：他人に犯罪を実現させる目的で準備する場合

・ 殺人予備 → 基本的に他人予備は殺人幫助(未遂)となるが、例外的に他人予備も成立する

【東京高判平 10.6.4 判時 1650-155】サリンのプラント完成で殺人予備罪(他人予備)成立

2. 未遂犯の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。

・未遂犯の類型

* 実行行為の終了による区別：○実行未遂⇔×着手未遂

* 自己の意思でやめたかどうかによる区別：○中止未遂(§43 但書)⇔×障害未遂(同本文)

§43 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

§44 未遂を罰する場合は、各本条で定める

・未遂犯の成立要件

* 犯罪の実行に着手したこと

* 犯罪が完成しなかったこと

・既遂時期

* 結果犯：結果発生時点

【最決平 13.11.14 刑集 55-6-763】覚せい剤輸入罪の既遂時期は船舶から領土への陸上げ時

第2款 実行の着手

1. 実行の着手に関する主要な見解を理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ 実行の着手時
 - * 主観説：行為者の主観が外部に客観的に明らかになった時点（犯意の明確化した時点）
←刀を抜いて家に侵入しただけで、被害者に向けられていなくても着手とするのは早すぎる
 - * 客観説
 - ・ 構成要件の一部の実行の開始があった時点
←窃盗なら目的物に触れないと未遂にならないのか
 - ・ 実質的客観説
 - 実質的行為説：構成要件の実現に至る現実的危険性を含む行為の開始時点
←離隔犯などに対応できない
 - 結果説(有力)：法益侵害の危険性が一定程度以上に達した(未遂犯の結果としての危険)時点
2. 主要な犯罪類型（たとえば、殺人罪、強姦罪、窃盗罪、放火罪など）における実行の着手時期を具体的事例に即して説明することができる。
 - ・ 窃盗罪
 - 【大判昭 9.10.19 刑集 13-1473】侵入後、金品を物色する行為を開始すると着手
 - 【最決昭 40.3.9 刑集 19-2-69】侵入後、金品のありそうな場所に移動したら着手
 - ・ 覚せい剤輸入罪
 - 【最決平 20.3.4 刑集 62-3-123】着手否定(海中に投下しただけで、回収船も未出港)
 - ・ 強姦罪：強姦に至る客観的な危険性が明らかに認められる時点
 - 【最決昭 45.7.28 刑集 24-7-585】強姦の着手肯定[S45 あ 619]
 - 女性をダンプカーに引きずりこんで連れ去り、約 5～6km 先で強いて姦淫したが、引きずり込む際に怪我を負わせたもの（強姦致傷：懲役 3 年→棄却→棄却）
「かかる事実関係のもとにおいては、被告人が同女をダンプカーの運転席に引きずり込もうとした段階においてすでに強姦に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において強姦行為の着手があつたと解するのが相当……被告人の所為を強姦致傷罪にあたるとした原判断は、相当」
3. 間接正犯・離隔犯における実行の着手時期を具体的事例に即して説明することができる。
 - ・ 間接正犯における着手時期
 - * 利用者基準説(＝主観説・実質的行為説)：被利用者に犯罪行為を命じた時点で着手
 - * 被利用者基準説(＝結果説)：被利用者が犯罪行為に着手した時点で着手
 - ・ 離隔犯における着手時期：発送時ではなく結果発生の実質的危険の発生時(結果説)
 - 【大判大 7.11.16 刑録 24-1352】離隔犯における着手時期[T7 れ 2891]
 - 昇永を砂糖と誤用し中毒死させようと送付したが、調理中に気付かれ失敗したもの（殺人未遂・棄却）
「他人が食用の結果中毒死に至ることあるべきを予見しながら毒物を其飲食し得べき状態に置きたる事実あるときは是れ毒殺行為に着手したるものに外ならざるものとす。原判示に依れば被告は毒薬混入の砂糖を高月三郎に送付するときは三郎又は其家族に於て之を純粹の砂糖なりと誤信して之を食用し中毒死に至ることあるを予見せしに拘らず猛毒薬昇永一封度を白砂糖一斤に混し其一匙（十ぐらむ）は人の致死量十五倍以上の効力あるものと為し歳暮の贈品たる白砂糖なるが如く装ひ小包郵便に付して之を三郎に送付し同人は之を純粹の砂糖なり

と思惟し受領したる後調味の爲め其一匙を薩摩煮に投したる際毒藥の混入し居ることを発見したる爲め同人及其家族は之を食するに至らざりし事實なるを以て右毒藥混入の砂糖は三郎が之を受領したる時に於て同人又は其家族の食用し得べき状態の下に置かれたるものにして既に毒殺行為の著手ありたるものと云ふを得べきこと上文説明の趣旨に照し寸毫も疑なき所なりとす」

第3款 不能犯

1. 不能犯に関する主要な見解を理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ 不能犯：形式的に実行の着手があるが、当該行為の危険性が極端に低く、処罰に値しないもの
 - * 方法の不能：弾の出ない銃や致死量に到底達しない微量の毒物で殺害を試みる場合
 - * 客体の不能：弾を撃ったが人がそこにいなかった場合
 - * 主体の不能：公務員でないのに、公務員であると信じて賄賂を受けとる場合
 - ※ 迷信犯：丑の刻参りなど
2. 未遂犯と不能犯との区別を具体的事例に即して説明することができる。
 - ・ 未遂犯と不能犯の区別の基準
 - * 主観説：本人の主観的事情を基礎に判断すべき
 - ← 客観的にまったく危険性がないのに処罰し、危険性があるのに不可罰とするのは不当
 - ・ 純粹主観説：本人の認識した事情を基礎に、本人を基準に危険性を判断（迷信犯は不処罰）
 - ∴ 未遂の本質は意思の危険性であり、危険な意思の表動があれば可罰的
 - ・ 抽象的危険説：本人の認識した事情を基礎に、一般人を基準に危険性を判断
 - * 客観説(判例・多数)：行為の客観的危険性から判断すべき
 - ・ 具体的危険説：一般人が認識し得た事情と行為者が特に認識していた事情を基礎に、一般人を基準に危険性を判断
 - ← 予見し得ない事情の判断は責任の問題で、危険性の問題は客観的に判断すべき
 - ・ 客観的危険説：行為時に存在した全事情を基礎に、科学的一般人を基準に危険性を判断
 - ・ 純粹客観説：行為後の事情も含めて科学的に判断
 - ← 未遂犯処罰がおよそできなくなるのではないか
 - ・ 判例：基本的には客観的危険説か
 - * 方法の不能
 - 【大判大 6.9.10 刑録 23-999】硫黄を飲ませるのは絶対不能で不能犯
 - 【最判昭 37.3.23 刑集 16-3-305】少量の空気注射は未遂犯[S36 あ 2299]
 - 「本件のように静脈内に注射された空気の量が致死量以下であつても被注射者の身体的条件その他の事情の如何によつては死の結果発生危険が絶対にはないとはいえない」(殺人未遂：有罪／棄却)
 - 【最判昭 26.7.17 刑集 5-8-1448】ストリキニーネの混入(苦くて食べられないが未遂)
 - 【福岡高判昭 28.11.10 判特 26-58】警察官から奪った弾丸空のピストルを発射(殺人未遂)
 - 【最決昭 35.10.18 刑集 14-12-1559】触媒不足で覚せい剤製造失敗(未遂)
 - 【東京高判昭 37.4.24 高刑集 15-4-210】主原料が真正でなく覚せい剤製造失敗(不能犯)
 - 【東京高判昭 29.6.16 東高刑時報 5-6-236】爆発性を失った手榴弾の投擲(不能犯)
 - 【最判昭 51.3.16 刑集 30-2-146】起爆装置の欠陥ある手製爆弾の点火投擲(爆発物使用)
 - 【東京高判昭 53.4.6 刑月 10-4=5-709】爆発可能性のない電気雷管付ダイナマイト設置(同)
 - 【岐阜地判昭 62.10.15 判タ 654-261】天然ガス充満による心中未遂(引火の危険で殺人未遂)
 - * 客体の不能

【大判大 3-7-24 刑録 20-1546】暴行したが被害者が何も持っていなかった場合(強盗未遂)
【大判昭 7.3.25 新聞 3402-10】上着ポケットに手を入れたが何もなかった場合(窃盗未遂)
【大判昭 21.11.27 刑集 25-55】石鹼目的で物置に侵入したが発見できず(窃盗未遂)
【東京高判昭 24.10.14 高刑判特 1-195】米櫃のふたを開けたが米がなかった場合(窃盗未遂)
【東京高判昭 28.9.18 判特 39-108】上着から給料袋をすったが空袋だった場合(窃盗未遂)
【福岡高判昭 29.5.14 判特 26-85】上着から紙片をすったらちり紙だった場合(窃盗未遂)
【広島高判昭 36.7.10 高刑集 14-5-310】死者への殺人未遂[S34 う 294]

仲間が既に銃殺した被害者を、とどめを差すつもりで日本刀で刺したもの(殺人未遂)

「佐々木卓の生死については専門家の間においても見解が岐れる程医学的にも生死の限界が微妙な案件であるから、単に被告人田中が加害当時被害者の生存を信じていたというだけでなく、一般人も亦当時その死亡を知り得なかつたであろうこと、従つて又被告人田中の前記のような加害行為により佐々木卓が死亡するであろうとの危険を感じるであろうことはいづれも極めて当然というべく、かかる場合において被告人田中の加害行為の寸前に佐々木が死亡していたとしても、それは意外の障害により予期の結果を生ぜしめ得なかつたに止り、行為の性質上結果発生の危険がないとは云えないから、同被告人の所為は殺人の不能犯と解すべきでなく、その未遂罪」

第4款 中止犯

1. 中止犯における刑の必要的減免の根拠に関する主要な見解を理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ 中止犯の刑の必要的減免の根拠
 - * 政策説：犯罪成立要件の枠を超えた刑事政策的要請による
＝犯罪は成立しているが、結果発生を防止するため必要的減免とした
 - * 法律説（違法減少説／責任減少説）：犯罪成立要件が変化するから
 - ・ 予備罪と中止犯：予備罪に当たる行為をしたのち、自ら基本犯を思いとどまった場合
 - * 学説：§43 但書の準用を肯定(ただし、基本犯に減免説、免除のみ説、予備罪に減免説あり)
∴着手後中止の方が免除で軽くなるのは不当
- 【最大判昭 29.1.20 刑集 8-1-41】強盗予備罪に中止未遂の必要的減免は適用されない
2. 中止犯の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ 「自己の意思により」＝任意性
 - ・ 「犯罪を中止した」＝結果の防止
3. 「犯罪を中止した」の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
 - ・ 結果の防止の判断
 - * 着手未遂：実行行為を中止すればよい
 - * 実行未遂：結果発生防止の努力が必要 ∴既に実行行為が終了し、結果発生の危険がある
 - * どちらとも言えない場合：結果発生の蓋然性＝結果防止努力を要する危険性の発生で判断
 - ・ 判例
 - * 実行中止の肯定例（結果防止のための積極的で真摯な努力がある）
【大阪地判平 14.11.27 判タ 1113-281】包丁で刺したが取り上げられ、翻意して 110 番通報
【名古屋高判平 2.7.17 判タ 739-245】ナイフで刺したが翻意して刺すのをやめ 119 番通報
 - * 実行中止否定例（一応の努力にすぎない）
【大阪高判昭 44.10.17 判タ 244-290】刺してから病院に運んだが自分の犯行と告げず
【東京地判平 7.10.24 判時 1596-125】養女を刺して放火後、屋外に連れ出して倒れた例
(要旨)「殺意をもって養女である被害者の左胸部を包丁で突き刺し、同人が現存する建造物に火を放った後、包丁で自殺を図って意識を失ったが、しばらくして目を覚ましたところ、被害者が助けを求めたことから同人のことが急にかわいそうになり、煙に巻かれないうちに被害者を助け出そうという気持ちになって、玄関から隣家の敷地内まで引きずって行ったところ、偶然通りかかった通行人の通報により被害者は一命を取り留めたものであるが、本件はいわゆる実行未遂の事案であって、被告人の任意かつ自発的な中止行為によって、現実の結果の発生が防止されたと認められなければ中止犯は成立しないのであり、被告人が被害者を隣家敷地内まで運び出す以上の行為には及んでいない本件当時の時間的、場所的状況に照らすと、被告人の行為が結果発生を自ら防止したと同視するに足りる積極的な行為を行った場合であるとまでは言い難く、中止犯は成立していない」
 - * 着手中止
【青森地弘前支判平 18.11.16 判タ 1279-345】失神したのち揺さぶり起こした場合(肯定)
【東京地判平 14.1.22 判時 1821-155】被害者を放置したもの(否定)

客観的には直ちに生命の危険を生じないものだが、一般人には殺人既遂に至る具体的危険を生じていた

＊ 実行中止か着手中止か

【東京高判昭 51.7.14 判時 834-106】 二の太刀を止めて病院に連れて行った例(着手中止)

被害者に日本刀で切り付けた共犯者の二の太刀を止めさせ、病院に連れて行かせたもの(殺人・着手中止)
中止未遂の「中止行為は、着手未遂の段階においては、実行行為の終了までに自発的に犯意を放棄してそれ以上の実行を行わないことで足りるが、実行未遂の場合にあっては、犯人の実行行為は終っているのであるから、中止行為というためには任意に結果の発生を妨げることによって、既遂の状態に至らせないことが必要であり、そのため結果発生回避のための真しな努力が要求される所以である」「被告人らとしても、右被告人鈴木が小田に加えた最初の一撃で同人を殺害できたとは考えず、さればこそ鈴木は続けて次の攻撃に移ろうとしたものであり、小田が受けた傷害の程度も右肩部の長さ約二二センチメートルの切創で、その傷の深さは骨に達しない程度のもので……本件はまさに前記着手未遂の事案に当たる場合であり、被告人らとしては、小田を殺害するため更に次の攻撃を加えようとすれば容易にこれをなした……のに、被告人らは次の攻撃を自ら止めている……【憐憫の情等の】かかる動機に基づく攻撃の中止は、法にいわゆる自己の意思による中止といわざるをえない。又、被告人鈴木においても、被告人笹川にいわれるままに直ちに次の攻撃に出ることを止めている……してみれば、被告人らの原判示第一の殺人未遂の所為は刑法四三条但書にいわゆる中止未遂に当たる」

【東京高判昭 62.7.16 判時 1247-140】 牛刀で一撃した後追撃を止めた例(着手中止)

【福岡高判平 11.9.7 判時 1691-156】 頸部を絞めぐったりしたあと我に帰って放置(中止否定)

4. 「自己の意思により」の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

・ 「自己の意思により」中止した＝任意性

＊ 主観説：行為者本人にとって犯罪の完成を妨げる認識を有したか

・ フランクの公式説：欲したができなかったは障害未遂、できたのに欲しなかったが中止未遂

・ 限定主観説：広義の悔悟を必要とする

＊ 客観説：行為者の表象が一般人にとって通常犯罪の完成を妨げる内容のものか

・ 判例の立場：広義の悔悟の情の重視？一般人において通常障害となるか否か？

→通常人において犯行を中止するような事情があるか

＊ 中止未遂

【最判昭 24.7.9 刑集 3-8-1174】

【浦和地判平 4.2.27 判タ 795-263】 被害者に哀願され姦淫を中止

【札幌高判平 13.5.10 判タ 1089-298】 刺したが命乞いをされて中止し病院に搬送

【名古屋高判平 2.1.25 判タ 739-243】 相手(長男)の表情をみて愛情の念を生じ中止(殺人)

【横浜地判平 10.3.30 判時 1649-176】 相手(長男)の言葉に犯意を喪失(殺人)

【大阪地判平 9.6.18 判時 1610-155】 反抗抑圧後妊娠させるのを不憫に思って中止(強姦)

【福岡高判昭 61.3.6 高刑集 39-1-1】 口からの流血をみて驚愕し止血等をする(殺人)

＊ 障害未遂：物音がした、被害者の抵抗行為により契機を失ったなど

【東京地判平 14.1.16 判時 1817-166】 抵抗されるなどして姦淫できず(強姦)

【最決昭 32.9.10 刑集 11-9-2202】 流血をみて驚愕恐怖し殺害できず

第6章 共犯

第1節 総説

第1款 共犯の種類

1. 共犯の種類について理解し、その概要を説明することができる。

・ 共犯の種類

＊ 共同正犯(§60)：相互に意思を通じて共同して犯罪を実行した場合

→正犯性を緩やかに解するもの

＊ 狭義の共犯 → 正犯ではない者の処罰

・ 教唆(§61)：人をそそのかして犯罪を実行させる行為

・ 幫助(§62)：正犯の実行を容易にする行為

§60 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

§61-1 人を教唆して犯罪を実行させた者には、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

§62-1 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

§63 従犯の刑は、正犯の刑を減輕する

§64 拘留又は科料のみに処すべき罪の教唆者及び従犯は、特別の規定がなければ、罰しない

・ 共犯と正犯の区別

＊ 正犯概念

・ 拡張的正犯概念：結果発生に寄与した者はすべて正犯で、共犯は刑罰制限事由

・ 制限的正犯概念：直接実行行為を行う者が正犯で、共犯は処罰拡張事由

＊ 区別の基準

・ 正犯 = 自ら実行行為を行い結果を惹起したもの（+それと同視しうる者）

→主観説：正犯者の意思で実行した者が正犯、加担者の意思で行った者が共犯

→客観説：重要な原因を与えたものや相当因果関係のある者が正犯

→実行行為を行った者が正犯、行為支配説：行為を支配していた者が正犯

←「その罪を自己の犯罪として行った者」とすべき

2. 必要的共犯（集団犯・対向犯）に対する共犯規定の適用について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

・ 任意的共犯：1人で行為できるが、複数人が加功すると共犯規定が適用されるもの(通常)

・ 必要的共犯：もともと複数の関与者を予定している犯罪類型

→共犯規定は適用されない：既にある刑罰法規だけで処罰規定は足りる

＊ 集合犯：内乱罪、騒乱罪など多数の関与者を要するもの

＊ 対向犯：賄賂罪、わいせつ物頒布罪、重婚罪など相手方当事者を要するもの

→一方を処罰し、当然予想される不可欠な他方を処罰する規定がない場合、その者は不可罰

【最判昭 43.12.24 刑集 22-13-1625】対向犯の相手方当事者の処罰[S42 表 1988]

弁護士でない者に法律事件の解決を依頼し、報酬を支払ったもの（弁護士法違反教唆等：有罪／破棄自判）

「弁護士法七二条は、弁護士でない者が、報酬を得る目的で、一般の法律事件に関して法律事務を取り扱うことを禁止し、これに違反した者を、同法七十七条によつて処罰することになっているのであるが、同法は、自己の法律事件をみずから取り扱うことまで禁じているものとは解されないから、これは、当然、他人の法律事件を取り扱う場合のことを規定しているものと見るべきであり、同法七二条の規定は、法律事件の解決を依頼する者が存在し、この者が、弁護士でない者に報酬を与える行為もしくはこれを与えることを約束する行為を当然予想しているものといふことができ、この他人の関与行為なくしては、同罪は成立し得ないものと解すべきである。ところが、同法は、右のように報酬を与える等の行為をした者について、これを処罰する趣旨の規定をおいていないのである。このように、ある犯罪が成立するについて当然予想され、むしろそのために欠くことができない関与行為について、これを処罰する規定がない以上、これを、関与を受けた側の可罰的な行為の教唆もしくは幫助として処罰することは、原則として、法の意図しないところ……弁護士でない者に、自己の法律事件の示談解決を依頼し、これに、報酬を与えもしくは与えることを約束した者を、弁護士法七二条、七十七条違反の罪の教唆犯として処罰することはできない」

【最判昭 51.3.18 刑集 30-3-212】 対向犯の相手方当事者の処罰[S49 あ 1839]

導入預金の一部を禁ずる、預金等に係る不当契約の取締に関する法律には、「特定の第三者については、その者が自ら預金等をする事について媒介をする場合を除いて、これを処罰する規定がないのである。このような本法の規定からすれば、右特定の第三者については、その者が自ら預金等をする事について媒介をする場合を除いて、これを処罰しない趣旨であると解すべきであつて、預金者又は媒介者と特定の第三者が通じたことの内容が、一般的にはこれらの者との共謀、教唆又は幫助にあたると解される場合であっても、預金者又は媒介者の共犯として処罰しない趣旨であると解しなければならない」（有罪／破棄差戻し）

第2款 共同正犯

1. 共同正犯の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。

・共同正犯と同時犯

* 同時犯：意思の連絡なく同一の客体に対し同一の犯罪を同時に実行した場合

→各行為者が自分の行為についてのみ責任を負う (§207 は例外)

* 共同正犯：相互に意思を通じて共同して犯罪を実行した場合

→関与者は全員の惹起した責任について責任を負う(一部行為の全部責任)

∴行為の物理的共同、相互の心理的影響により、結果発生蓋然性を高めるから

・共同正犯の成立要件

①客観的に実行行為を分担すること

②共同正犯者間の意思の連絡（共同実行の意思）

③正犯者意思

←実行行為の分担はなくてもよく、意思の連絡が核心

←但し、相互に強い因果性をもって行われたと評価しうる程度のものは必要

【大阪地判平 16.10.25 判タ 1175-311】覚せい剤密売組織に属しているだけでは共同正犯否定

* 意思の連絡＝構成要件行為の重要部分についての意思の連絡と影響力の行使が必要

・共謀と実行行為の因果性を欠く場合

【最判平 6.12.6 刑集 48-8-509】共同正犯者による追撃行為[H2 あ 335]

傷害：過剰防衛・懲役 A 1 年、BC10 月・猶予 2 年→棄却→B 上告：破棄自判・正当防衛無罪

酔った被害者が一緒にいた女性に暴行したため、ABC が防衛のため暴行したが、被害者が立ち去ろうとしたあと A がさらに顔面を殴打し、転倒・負傷させたもの

「相手方の侵害に対し、複数人が共同して防衛行為としての暴行に及び、相手方からの侵害が終了した後に、なお一部者が暴行を続けた場合において、後の暴行を加えていない者について正当防衛の成否を検討するに当たっては、侵害現在時と侵害終了後とに分けて考察するのが相当であり、侵害現在時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の暴行については、侵害現在時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべきであって、共謀の成立が認められるときに初めて、侵害現在時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察し、防衛行為としての相当性を検討すべき」「被告人に関しては、反撃行為については正当防衛が成立し、追撃行為については新たに暴行の共謀が成立したとは認められないのであるから、反撃行為と追撃行為とを一連一体のものとして総合評価する余地はな」い

【東京地判平 7.10.9 判時 1598-155】昏睡強盗と暴行による強盗[H7 合 190]

強盗致傷：強盗・懲役 3 年保護観察付猶予 5 年(確定・裁判長池田修)

昏睡強盗の共謀で睡眠薬を飲ませたが、眠らないため共犯者が暴行して金品を奪ったもの

「被告人と A 男らとの間には昏睡強盗の共謀が事前に成立し、その実行行為にも着手していたと認められるものの、昏睡強盗とは手段方法が質的に異なっている暴行脅迫を手段とする強盗についての共謀が認められないのであれば、右暴行によって生じた致傷の結果について直ちに被告人に責任を負わせることはできない（なお、右傷害の結果を昏睡強盗の機会における傷害と解することもできない）」「被告人は、A 男が V に対して暴行を加え始めるまでの時点において、昏睡強盗の計画が暴行脅迫を手段とする強盗へと発展する可能性を認識していたとは認められず、また、A 男が暴行を加えている時点においても、右暴行を認容してそれを自己の強盗の手段として利用しようとしたとまでは認められないので、被告人と A 男らとの間に暴行脅迫を手段とする強盗についての意

思連絡があったと認定することはできない」

2. 直接には実行行為を分担していない者の共同正犯の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 共謀共同正犯＝客観的な実行行為を分担しないが、共謀に参画した者も共同正犯とする
∴共謀に加わり、犯罪結果に重要な心理的因果性を与えたから

←実行行為を分担しないなら「正犯」ではなく、教唆犯にすぎないはず

←共同意思主体説：共謀により形成された同心一体的共同意思主体の行為ゆえ全員に帰責

←間接正犯類似説：共同意思の下、互いに相手を道具として利用し合うから帰責

←行為支配説：共謀者が実行担当者に強い心理的拘束を与えて実行させるなら帰責

←間接正犯は実行行為を直接行わないし、政策的に正犯を拡大する共同正犯では分担不要

【最大判昭 33.5.25 刑集 12-8-1718】練馬事件[S29 あ 1056]

傷害致死等：有罪／棄却／棄却

労働争議中に工場にしばしば立ち入っていた警察官を暴行し死亡させたもの

「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となつて互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よつて犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがつて右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行つたという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。さればこの関係において実行行為に直接関与したかどうか、その分担または役割のいかんは右共犯の刑責じたいの成立を左右するものではない」

- ・ 共同正犯の要件＝自己の犯罪と評価できる程度かどうか

* 実行行為を分担したと評価できるだけの謀議と共謀者内での地位(重要な役割の有無)

→「意思を通じ他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行う」と言える程度のもの

* 意思の連絡：重要な役割があれば通常認められる

* 正犯者意思

+ 前提として、共謀参加者による実行の着手が必要

※未必の故意による共謀共同正犯：未必の故意でも上の要件を満たせば共謀共同正犯となる

【最決平 19.11.14 刑集 61-8-757】未必の故意による共謀共同正犯[H19 あ 285]

「本件は……被告会社……代表取締役等であつた……被告人5名……において、被告会社が千葉市内の借地に保管中の、いわゆる硫酸ピッチ入りのドラム缶の処理を、その下請会社の代表者であつたBに委託したところ、同ドラム缶が北海道内の土地で捨てられたことにつき、被告会社の業務に関し、Bらと共謀の上、みだりに廃棄物を捨てたものとして、廃棄物の処理及び清掃に関する法律所定の不法投棄罪に問われた事案……Bにおいて、被告会社が上記ドラム缶の処理に苦慮していることを聞知し、その処理を請け負った上、仲介料を取って他の業者に丸投げすることにより利益を得ようと考え、その処理を請け負う旨被告会社に対し執ように申入れたところ、被告人5名は、Bや実際に処理に当たる者らが、同ドラム缶を不法投棄することを確定的に認識していたわけではないものの、不法投棄に及ぶ可能性を強く認識しながら、それでもやむを得ないと考えてBに処理を委託したというのである。そうすると、被告人5名は、その後Bを介して共犯者により行われた同ドラム缶の不法投棄について、未必の故意による共謀共同正犯の責任を負うというべきである」(廃棄物処理法違反：有罪／棄却)

- ・ 共謀共同正犯の類型

* 支配型(教唆型)：優越的支配関係のあるもの。暴力団の親分・子分など

【最決平 15.3.1 刑集 57-5-507】スワット事件[H14 あ 164]

銃刀法違反(所持)の共同正犯：懲役7年／棄却／棄却(深澤補足あり。練馬事件とは事案が異なる旨)

暴力団組長が上京の際、スワットと称する護衛に大量の拳銃・実弾を所持させたもの

「被告人は、スワットらに対してけん銃等を携行して警護するように直接指示を下さなくても、スワットらが自発的に被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していたことは、前記1(6)で述べたとおりである。なお、弁護人らが主張するように、被告人が幹部組員に対してけん銃を持つなという指示をしていた事実が仮にあったとしても、前記認定事実に徴すれば、それは自らがけん銃等の不法所持の罪に問われることのないように、自分が乗っている車の中など至近距離の範囲内で持つことを禁じていたにすぎないものとしか認められない。また、前記の事実関係によれば、被告人とスワットらとの間にけん銃等の所持につき黙示的に意思の連絡があったといえる。そして、スワットらは被告人の警護のために本件けん銃等を所持しながら終始被告人の近辺にいて被告人と行動を共にしていたものであり、彼らを指揮命令する権限を有する被告人の地位と彼らによって警護を受けるという被告人の立場を併せ考えれば、実質的には、正に被告人がスワットらに本件けん銃等を所持させていたと評し得るのである。したがって、被告人には本件けん銃等の所持について、B、A、D及びCらスワット5名等との間に共謀共同正犯が成立する」とした第1審判決を維持した原判決の判断は、正当」

【最判平 17.11.29 集刑 288-543】護衛の拳銃所持と組長[H16 あ 807]

「被告人は、本件当時、配下の組員らが被告人に同行するに当たり、そのうち一部の者が被告人を警護するためけん銃等を携帯所持していることを、概括的とはいえ確定的に認識し認容していたものであり、実質的にはこれらの者に本件けん銃等を所持させていたと評し得るなどとして、本件けん銃等の携帯所持について被告人に共謀共同正犯が成立する」とした原判決は、正当」(銃刀法違反・共同正犯：有罪／棄却)

【最判平 21.10.19 判タ 1311-82】護衛の拳銃所持と組長(無罪の原審・一審を破棄差戻し)

* 対等型(相互補助型)：優越的支配はないが、心理的・客観的幫助により共同実行を認めるもの

【最決昭 57.7.16 刑集 36-6-695】資金提供と実行犯紹介等による共謀[S56 あ 1588]

大麻取締法違反+関税法違反各共同正犯：懲役1年保護観察付猶予4年→懲役1年(量刑不当)→棄却

大麻密輸入の実行役を持ちかけられたが、執行猶予中のため大麻の一部をもらう約束で資金提供の上実行犯を紹介し密輸入させたもの(1件既遂、1件未遂)。

「被告人は、タイ国からの大麻密輸入を計画した山本博からその実行担当者になつて欲しい旨頼まれるや、大麻を入手したい欲求にかられ、執行猶予中の身であることを理由にこれを断つたものの、知人の中野正彦に対し事情を明かして協力を求め、同人を自己の身代りとして山本に引き合わせるとともに、密輸入した大麻の一部をもらい受ける約束のもとにその資金の一部(金二〇万円)を山本に提供したというのであるから、これらの行為を通じ被告人が右山本及び中野らと本件大麻密輸入の謀議を遂げたと認めた原判決は、正当」

(団藤意見) 共謀共同正犯を肯定する変説の理由

3. 共謀の意義を理解し、具体的事例に即して説明することができる。

・ 共謀の証明・摘示

【最大判昭 33.5.25 刑集 12-8-1718】練馬事件[前掲 S29 あ 1056]

「ここにいう「共謀」または「謀議」は、共謀共同正犯における「罪となるべき事実」にほかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないことというまでもない。しかし「共謀」の事実が厳格な証明によつて認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない」

4. 故意を異にする者の間における共同正犯の成否について理解し、具体的事例に即して説明するこ

とができる。

- ・ 故意を異にする者の間における共同正犯の学説

- * 行為共同説：構成要件の重要部分を共同していれば、異なる罪名間で共同正犯が成立する

- * 犯罪共同説：1つの犯罪について共同正犯が成立する(§38-2で科刑を制限する)

- * 部分的犯罪共同説：構成要件が同質的で重なりあう範囲で共同正犯が成立する

- ・ 判例

- 【最決昭 35.9.29 集刑 135-503】部分的犯罪共同説(強盗と恐喝)[S35 あ 1081]

- 「原判決が判示行為は刑法二四〇条前段、六〇条に該当するのであるが、被告人は犯行当時恐喝の犯意しかなかったのであつて、判示Aの本件所為は被告人の予想しなかつたところであるから被告人に対しては同法三八条二項に従い軽い同法二四九条一項の刑責を負わせることとし、被告人は現在成年に達しているから定期刑を科すべく、所定期限範囲内で被告人を懲役一年に処すべきものとした原判決の判断も正当」(恐喝の故意で共謀し犯行に加わったが、実際には暴行により強取されたもの。強盗傷人→棄却)

- 【最決昭 54.4.13 刑集 33-3-179】行為共同説?(殺人と傷害致死)[S52 あ 2113]

- A-F：殺人+公執妨害等：殺人だが§38-2で傷害致死+公執妨害等→棄却→ACDF 上告：棄却

- G：殺人等→棄却(確定)、H：殺人幫助：殺人幫助だが§38-2で傷害致死幫助→棄却(確定)

- ぼったくりバーを経営していたところ、A〜G共謀して取り締まりに來た警察官を暴行しに行ったが、Gが激昂してHから借りたくり小刀で刺殺したもの。A〜FはGを逃がすため警察官の邪魔をした、など。

- 「殺人罪と傷害致死罪とは、殺意の有無という主観的な面に差異があるだけで、その余の犯罪構成要件要素はいずれも同一であるから、暴行・傷害を共謀した被告人柴田ら七名のうちの井上が前記福原派出所前で石原巡查に対し未必の故意をもつて殺人罪を犯した本件において、殺意のなかつた被告人柴田ら六名については、殺人罪の共同正犯と傷害致死罪の共同正犯の構成要件が重なり合う限度で軽い傷害致死罪の共同正犯が成立するものと解すべきである。すなわち、井上が殺人罪を犯したということは、被告人柴田ら六名にとつても暴行・傷害の共謀に起因して客観的には殺人罪の共同正犯にあたる事実が実現されたことにはなるが、そうであるからといつて、被告人柴田ら六名には殺人罪という重い罪の共同正犯の意思はなかつたのであるから、被告人柴田ら六名に殺人罪の共同正犯が成立するいわれはなく、もし犯罪としては重い殺人罪の共同正犯が成立し刑のみを暴行罪ないし傷害罪の結果的加重犯である傷害致死罪の共同正犯の刑で処断するにとどめるとするならば、それは誤りといわなければならない」「前記第一審判決の法令適用は、被告人柴田ら六名につき、刑法六〇条、一九九条に該当するとはいつているけれども、殺人罪の共同正犯の成立を認めているものではないから、第一審判決の法令適用を維持した原判決に誤りがあるということとはできない」

- 【最決平 17.7.4 刑集 59-6-403】シャクティパット事件[前掲 H15 あ 1468]

- 殺人：殺人(作為+不作為)・懲役15年／殺人(不作為)・懲役7年／棄却

- (控訴審)「被告人の判示所為は刑法60条(ただし、保護責任者遺棄致死の範囲で)、199条に該当する」

- 「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」

第3款 教唆犯・幫助犯

1. 教唆犯の成立要件について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 教唆：他人に犯意を生ぜしめて犯罪を実行させること
 - * すでに犯意を生じていた正犯をそそのかした場合：幫助犯（心理的幫助）
 - * 処罰根拠：結果発生の実質的危険性を生じさせるから
 - * 故意
 - ・ 責任共犯論：正犯者に犯意を生ぜしめる行為の認識
 - ・ 惹起説：結果発生危険性を生ぜしめる行為の認識
- ・ 間接教唆(§61-2)：教唆者を教唆すること
 - * 再間接教唆：教唆者を教唆するよう教唆すること
 - ・ 不可罰説：§61-2「教唆者」は実行行為を行わせる者だから、間接教唆者は教唆できない
 - ・ 可罰説(判例)：教唆と言う犯罪を実行させることが§61-2で可罰的とされる教唆
 - 【大判大 11.3.19 刑集 1-99】再間接教唆も教唆として罰する
- ・ 教唆と未遂（共犯従属性説による場合）
 - * 教唆の未遂：教唆行為はしたが正犯者が実行の着手に至らなかった場合
 - 正犯が実行に着手しないと処罰されない（実行従属性がある）
 - * 未遂の教唆
 - ・ 正犯者が実行に着手し、結果発生に至らなかった場合 → 未遂犯として処罰される
 - ・ 初めから未遂に終わらせる意図で教唆した場合
 - 不可罰説 ∵正犯による結果発生認識までが教唆の故意
 - 可罰説
 - ∵正犯の実行行為を生ぜしめることの認識が教唆の故意(責任共犯論)
 - ∵未遂犯となる程度の危険性を生じさせる認識があれば可罰的(惹起説)
 - * 予備の教唆：予備罪段階で正犯が検挙された場合（→予備罪の実行行為は着手しており可罰）
- ・ 教唆とは無関係に新たに犯意を生じて実行した場合：教唆と実行行為の因果性は否定

【最判昭 25.7.11 刑集 4-7-1261】ゴットン師事件[後掲]

2. 幫助犯の成立要件について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 幫助：実行行為以外の行為で正犯の実行行為を容易にすること
 - * 幫助行為の形態：無形的なもの(情報提供や心理的幫助)も含む
 - * 事後従犯：盗品等運搬罪や証拠隠滅罪のこと。独立の犯罪行為だが、従犯のような要素がある
- ・ 間接幫助：幫助者を幫助すること
 - * 幫助に実行行為はないから不可罰
 - * 幫助という犯罪行為を幫助したから間接幫助で可罰的
 - * 正犯を幫助するから可罰的(「正犯を間接的に幫助するから」が判例)

【最決昭 44.7.17 刑集 23-8-1061】間接幫助[S43 あ 1889]

わいせつ図画公然陳列幫助：直接幫助で有罪→棄却(間接幫助)→棄却(間接幫助)

「被告人が、細居忠一またはその得意先の者において不特定の多数人に観覧せしめるであろうことを知りながら、本件の猥せつ映画フィルムを右細居に貸与し、細居からその得意先である中邑源三郎に右フィルムが貸与され、中邑においてこれを映写し十数名の者に観覧させて公然陳列するに至ったという本件事案につき、被告人は正犯たる中邑の犯行を間接に幫助したものであるとして、従犯の成立を認めた原判決の判断は相当」

※幫助の教唆：可罰的(§62-2)

※教唆の幫助：正犯を間接に幫助するから可罰 ← 要するに教唆・幫助はすべて可罰(判例?)

【大判昭 12.3.10 刑集 16-299】 間接教唆の幫助は可罰的[S11 れ 2954]

要旨「刑法第 6 1 条第 2 項及第 6 2 条第 2 項ハ正犯ニ対スル一切ノ間接教唆及間接幫助ヲ処罰スルコトニ付テノ例示規定ト解スヘキニ因リ間接教唆ニ対スル幫助モ刑法第 6 2 条第 6 1 条第 2 項ニ則リ処罰スヘキモノトス」

・ 判例

【東京高判平 2.12.10 判タ 752-246】 ホテル宣伝冊子の印刷業者(売春周旋罪幫助)

【最決平 23.12.19 刑集 65-9-1380】 Winny 事件上告審(無罪) [H21 あ 1900]

原審は「当該ソフトの性質(違法行為に使用される可能性の高さ)や客観的利用状況のいかんを問わず、提供者において外部的に違法使用を勧めて提供するという場合のみに限定することに十分な根拠があるとは認め難く、刑法 6 2 条の解釈を誤ったものであるといわざるを得ない」「もっとも、Winny は、1, 2 審判決が価値中立ソフトと称するように、適法な用途にも、著作権侵害という違法な用途にも利用できるソフトであり」「いまだ、被告人において、本件 Winny を公開、提供した場合に、例外的とはいえない範囲の者がそれを著作権侵害に利用する蓋然性が高いことを認識、認容していたとまで認めることは困難である」から故意を欠き無罪。

(大谷反対)「被告人に侵害的利用の高度の蓋然性についての認識と認容も認められる」から幫助成立

3. 幫助の因果性に関する主要な見解を理解し、具体的事例に即して説明することができる。

・ 幫助の因果性の立場

* 正犯と同様に結果との(相当)因果関係が必要 ← だったら正犯になる

* 幫助行為が存在すれば、結果との因果関係は問題ない(共犯独立性説) ← 処罰範囲が広すぎ

→ 幫助は危険犯ゆえ結果との因果性は不要だが、結果発生の危険性を高める必要がある

← 誰も通らなかった場合の窃盗の見張りの片面的共犯も可罰的になってしまう

* 幫助により正犯が幫助なしで実行した場合に比し、結果に重要な変更が生じたか

← 誰も通らなかった場合の窃盗の見張りではこれでは因果性が認められないのでは・

→ 結果発生の態様等を具体的・個別的に検討する

← どの程度の差異が生じたかが問題

* 結果を促進(容易に)したか否かを、物理的因果性・心理的因果性の両面で検討する

・ 判例

【大判大 4.8.25 刑録 21-1249】 帽子と足袋の貸与が常に強盗幫助となるわけではない

【福岡高判平 16.5.6 高検速報 1443】 不当貸付の担保計算で見直される前のもの(否定)

被告人が不当貸付で担保価値を高く見る計算書を作ったが、それでは担保不足だったため後任者が担保価値を大幅に引き上げて計算し直して不当貸付の承認を得たもの(背任：背任幫助→無罪)

「A 1 メモと A 2 メモとの間には……実質的な連続性は認められず、むしろ、A 3 部長は、A 2 の担保不足等の説明指摘から、時価評価を基準とする方式をやめて、A 2 の進言通りの新たな担保評価方法を採用することを決め、A 2 メモが作成されるに至り、A 2 メモとこれに基づく稟議書の基本的な部分が維持された過大な担保評価によって、理事会で本件貸付が可決、実行されるに至ったものであり、被告人は、A 2 メモの作成とそれ以降の

手続きに関与していないから、被告人の行為と本件貸付との間に因果関係があるとは認め難く、原判決が認定した被告人の行為をもって、背任の実行行為や幫助行為と見ることはできない」

【東京高判平 2.2.21 判タ 733-232】殺害に使わなかった部屋の目張り(否定)[H1 う 554]

拳銃での殺害を地下室で実施予定と聞き、音がもれないよう目張り等をしたが、それを聞いていなかった正犯が別のところで殺害したもの（強盗殺人幫助(目張りも幫助)等→破棄自判・強盗殺人幫助)

「被告人の地下室における目張り等の行為がAの現実の強盗殺人の実行行為との関係では全く役に立たなかった……場合、それにもかかわらず、被告人の地下室における目張り等の行為がAの現実の強盗殺人の実行行為を幫助したといえるには、被告人の目張り等の行為が、それ自体、Aを精神的に力づけ、その強盗殺人の意図を維持ないし強化することに役立ったことを要すると解さなければならない」しかし目張りをAは知らず、「被告人の地下室における目張り等の行為が、それ自体、Aの同日の一連の計画に基づく被害者の生命等の侵害を現実化する危険性を高めたものと評価することはできないものというべきであり、結局、被告人の右目張り等の行為が、それ自体、Aを精神的に力づけ、その強盗殺人の意図を維持ないし強化することに役立ったことを認めるに足りる証拠はないのである。したがって、被告人の右目張り等の行為がAの本件強盗殺人の行為に対する幫助行為に該当するものということとはできず」しかし、車に乗ってAと被害者の車を追走した点が幫助と認められた

4. 共同正犯と他の関与類型との区別について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

・教唆と幫助の限界

＝犯意を新たに生ぜしめるか、既に存在する犯意を強めたか

→特に、無形的幫助(激励や情報提供)と教唆の区別

・共同正犯と教唆の限界

＝他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったかどうか

・共同正犯と幫助の限界

＝自己の犯罪を言えるか

→客観面＝役割の重要性・実行行為以外の行為に加担している場合はその内容・利得の帰属・
犯行前後の関与態様(犯跡隠蔽行為等)

→主観面＝正犯者意思の有無(犯行の動機・共謀者と実行行為者間との意思疎通の態様)

* 共同正犯とした例

【最決昭 57.7.16 刑集 36-6-695】資金提供と実行犯紹介・大麻受領約束等[S56 あ 1588]

大麻取締法違反＋関税法違反各共同正犯：懲役1年保護観察付猶予4年→懲役1年(量刑不当)→棄却

大麻密輸入の実行役を持ちかけられたが、執行猶予中のため大麻の一部をもらう約束で資金提供の上実行犯を紹介し密輸入させたもの（1件既遂、1件未遂）。

【東京地判平 6.1.3 判タ 875-285】日本ユニシス株価操作事件[H5 特わ 1854]

経営責任を免れるため株価操縦を依頼した上、資金を提供し続けたもの（証券取引法違反共同正犯）

【東京高判平 8.6.25 判時 1581-134】恐喝文作成等をした元弁護士(恐喝)[H7 う 1769]

「通知書の案文作成に限ってみても……この通知書と最終通知書の起案、発送は、本件恐喝未遂の実行行為の一部ないしはこれに準ずるものであるうえ、被告人が高度の知識を駆使して主体的、積極的に行ったものであって、決して単純な事務的、機械的作業の類ではない。このほか、被告人は【Bが関係者と面談する際に】同席するなど事件に深く関わっている。これに加え、被告人が犯行に関与するようになったのは、生活費にも困るような状態であったところから日当がもらえることに惹かれたほか、企業側から金が支払われた場合には分け前ももらえると期待したためであり、現に現金分配の際に、その出所を知らなかったにせよ自ら要求して二五〇万円もの分け前に与っており、犯罪の遂行に当たって相応の利得を目的としていたと認められる。以上のような加担した行

為の内容、加担した意図等を総合すると、被告人の本件恐喝未遂への関与については、他人の犯罪を助長するという程度にとどまらず、自己の犯罪を目的的に遂行したと評価できるのであり……同正犯とするのが相当」

＊ 幫助とした例

【福岡地判昭 59.8.30 判時 1152-182】強盗殺人幫助[S59 わ 415]

強盗殺人未遂共同正犯：強盗殺人未遂幫助で懲役 5 年(確定)

覚せい剤を持ちだした後殺害しようとしたもの。最判昭 61.11.18 の事案の持ち出し担当者。強

「およそ共同正犯が成立するためには、各行為者にそれぞれ共同実行の意思が認められることも必要であることは多言を要しないが、行為者が実行行為の一部を分担する場合、一般にほとんど右共同実行の意思が問題にならないのは、右実行行為一部分担の事実のみから、通常極めて容易に共同実行の意思が推認されるからであろう。しかしながら、実行行為一部分担の事実も、結局は共同実行意思認定の一つの有力な判断材料にすぎないことに鑑みると、当該行為者が右実行行為に及んだ事情や当該犯罪全体に占める右行為者の行為の意義の如何を問わず、単に実行行為の一部を分担したことの一事のみで、常に共同実行の意思ありと解するのは相当でないと言わなければならない。前記推認を覆すに足りるような特段の事情の存する場合においては、たとえ当該行為者が形式上実行行為の一部に該当する行為を行なった場合であっても、共同実行の意思の存在を否定して、幫助犯の成立を認めるのが相当」とし、途中まで犯行計画を知らずに関与していたこと、自分や家族の危険を感じて犯行に加わったこと、謀議に加わっていないこと、報酬の約束も交付もなかったこと、命令された通り動いただけのこと、搬出も別人がする予定だったことなどから不可欠の存在ではなかったことなどの「これら諸事情を総合的に検討する限り、被告人自身、実行行為の一部を担当した事実があるにもかかわらず、大場ら他の共犯者と共同して本件強盗殺人を遂行しようとするような正犯意思、すなわち共同実行の意思は到底認めることができない」「被告人には、前記推認を覆すに足りる特段の事情があったというべきであって、前記認定の諸事実を総合すると、被告人は幫助の意思で判示の幫助行為を行なったものと認められるから、被告人には、共同正犯の成立を否定して、幫助犯の成立を認めるのが相当」

殺人は認容しておらず、強盗幫助にとどまると主張したが「幫助犯の成立に必要な幫助の意思が認められるためには、当該行為者が、正犯者の実行行為を表象したうえ、自己の行為が正犯の実行行為の遂行を促進することを認識している事実が認められれば足り、正犯の行為の構成要件的结果についてまで認容していることを要しない」

【大阪高判平 8.9.17 判タ 940-272】恐喝幫助[H8 う 254]

恐喝共同正犯：恐喝共同正犯→恐喝幫助

飲食店 X の用心棒が、暴力団が来たと言われて仲間の暴力団員 A を向かわせたところ、A の兄貴分で面目を失わせたため、A が X を恐喝した際、現金を運ぶなどしたが、自身は脅迫等をせずむしろ取りなしたり減額交渉をしたりしたもの。50 万円の分け前をもらったが、X に処理を相談しようとしていた。

本件の事情から、「被告人に甲野らの行為を利用し同人とともに恐喝罪を行おうとする犯意があったとは認めがたい」「被告人は実行行為を分担しておらず、甲野、乙谷との間で共謀があったと認めることもできないので、被告人に共同正犯としての罪責を認めるべき証拠は不十分であるといわざるを得ない」

【名古屋地判平 9.3.5 判時 1611-153】殺人幫助

既に瀕死の重傷を負った被害者を、犯行隠蔽のため遺棄して殺害しようとするのを手伝っただけのもの。

不作為殺人の正犯者意思がない、遺棄行為と志望の因果関係がないなどから殺人幫助。

【東京地判平 17.7.5】窃盗幫助(ブランク窃盗のキャッシュカード窃取加担者)

キャッシュカードを窃取しただけで、ATM からの払い戻しに関与しなかった

【神戸地判平 18.11.30】傷害幫助等[H18 わ 213]

現住建造物放火=火炎びん処罰法違反=殺人未遂⁹+放火=火炎びん=殺人⁴=同未遂³・各共同正犯：現住建造物放火=火炎びん処罰法違反=傷害¹+放火=火炎びん=傷害致死⁴=傷害³・各幫助・懲役 9 年

商売敵のテレホンクラブに火炎瓶を投げ込むにあたり、連絡係をしたもの。報酬はなかった。

「被告人とAの関係、被告人の犯行動機や犯罪結果に対する利害関係の程度、被告人の謀議への関与状況及び被告人が実際に行った役割を総合すると、被告人と他の共犯者らとの間に相互利用・相互依存関係は認められず、犯罪の共同遂行に関する合意すなわち共謀も認められないから、本件犯行につき、被告人に対し、共謀共同正犯の罪責を問うことはできず、幫助犯の限度にとどまる」

* 見張り

- ・ 殺人・窃盗・強盗等の見張りは共同正犯 ←これらでは指揮官的地位の場合が多いから

【大判明 44.12.21 刑集 17-2273】 殺人共同正犯

【最判昭 23.3.16 刑集 2-3-220】 強盗・窃盗各共同正犯[S22 ね 235]

「数人が強盗又は窃盗の実行を共謀した場合において、共謀者のある者が屋外の見張りをした場合でも、共同正犯は成立する……被告人が相被告人鈴木重行外五名と共謀して、埼玉工業株式会社作業場内の綿糸三梱包を窃取した行為につき見張をした被告人を、窃盗罪の共同正犯と認めた原判決は正当」

【福岡高判平 19.1.10】 窃盗幫助とした例(報酬もなく、見張りと自動車搬送をただけ)

- ・ 賭博は幫助 ← 賭博の場合は従属的な場合が多いからそうになっているだけ

【大判大 7.6.17 刑録 24-844】 常習賭博幫助(見張り自身が賭博常習者)

第4款 共犯と従属性

1. 教唆犯・幫助犯が成立するために正犯に必要とされる要件について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
 - ・ 共犯の原理
 - * 共犯の本質
 - ・ 共犯従属性論(旧派)：正犯に従属して共犯は処罰する（正犯の行為がないと罰しない）
 - ・ 共犯独立性論(新派)：共犯は正犯と別個の独立の犯罪行為（正犯未着手でも可罰）
 - * 共同正犯の本質
 - ・ 犯罪共同説(旧派)：犯罪を共同実行する点（→罪名従属性説）
→ 1つの犯罪を複数人が共同して実行することを要する（数人一罪）
 - ・ 行為共同説(新派)：行為を共同実行する点（→罪名独立性説）
→異なる罪名の間に共同正犯が成立しうる（数人数罪）
 - * 共犯処罰の根拠
 - ・ 責任共犯論(少数)：正犯者を墮落させ処罰される状態に陥れた点が処罰根拠
←法益侵害が生じなくても処罰できてしまうのはおかしい
 - ・ 因果的共犯論(多数)：正犯の実現した犯罪結果を共に惹起した点が処罰根拠(惹起説)
= 正犯者に物理的・心理的に働き掛けて犯罪を実行させ、法益侵害を生じさせるから
→純粹惹起説：共犯行為自体が結果を惹起しており、正犯の実行行為は重視すべきでない
←正犯行為が犯罪でなくても共犯者を処罰できることになる(正犯なき共犯を認めてしまう)
→混合惹起説(有力)：正犯の実行行為で法益侵害を惹起するから、正犯の実行行為が必要
 - ※ 共犯なき正犯：囑託殺人の依頼者や姦淫に誘った12歳の女子など
→被害者であり教唆犯とならない。正犯が違法であっても、共犯が違法でない場合がある
→混合惹起説のように、正犯を通じた違法性と共犯独自の違法性を両方を要求すべき
2. いかなる時点から共犯が処罰できるかについて理解し、具体的事例に即して説明することができる。
 - ・ 実行従属性：正犯者の実行行為を要するか
 - * 従属性説：正犯の実行の着手がなければ共犯処罰は認められない
→正犯の実行の着手前なら、教唆・幫助行為があっても不可罰
 - * 独立性説：教唆・幫助行為自体の開始があれば共犯の実行の着手で、未遂罪(教唆の未遂)が成立するが、正犯行為が実行され結果が生じないと既遂にならない[少数]
3. 罪名従属性：正犯と共犯に成立する罪名は同じでなければならないか
 - * 罪名従属性説：罪名は同じ
→罪名科刑分離説(←犯罪共同説)：罪名は正犯と同じで、科刑のみ主観に合わせる
 - * 罪名独立性説(通説)：行為を共同すれば、各自の意図する犯罪が別でもよい
→錯誤の問題として、構成要件が実質的に重なり合う範囲で成立とする
4. 要素従属性：正犯者に必要な犯罪の完成度(§61の「犯罪」の範囲について)

- ・マイヤーの分類

- * 誇張従属性[まれ]：構成要件+違法+有責+処罰条件 ← 処罰条件は人間関係ゆえ無関係

- * 極端従属性[旧多]：構成要件+違法+有責 ∴「犯罪」を実行させただから

- ← 刑事未成年への教唆も可能ではないか。間接正犯とするとかえって正犯性が広がる

- * 制限従属性[現多]：構成要件+違法 ∴違法は連帯し、責任は各自にの原則

- ← 正当防衛の急迫性は相対化しうるのではないか

- * 最小従属性：構成要件該当行為のみで足りる

5. 共同正犯における正当防衛・過剰防衛の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 正当防衛の成否（傷害の共謀をしたが、被害者から一方が襲われ、正当防衛で傷害した場合）

- * 連帯説：正当防衛の共犯者が正当化されるのに、他方を処罰する必要性があるのか

- * 個別説：急迫性は共同正犯者によって異なりうるから、個別に判断すべき

- ・ 正当防衛の認識と誤想防衛

【東京地判平 14.11.21 判時 1823-156】 共犯者の過剰行為[前掲 H14 合わ 246]

「急迫不正の侵害に対して反撃行為を行った場合、客観的には、それが防衛行為の相当性の範囲を逸脱して過剰防衛とみられる場合であっても、その行為者において、相当性判断の基礎となる事実、すなわち、過剰性を基礎づける事実に関し錯誤があり、その認識に従えば相当性の範囲を逸脱していないときには、誤想防衛の一場合として、行為者に対し、生じた結果についての故意責任を問うことはできない。そして、複数の者が、そのような反撃行為を共同して行った場合、相当性判断の基礎となる事実の認識の有無は、各人について個別に判断すべきものと解されるから、そのうちの一人の反撃行為が、防衛行為の相当性の範囲を逸脱したものであり、そのような反撃行為により生じた結果につき、客観的には、共同して反撃行為を行った他の者の行為との間の因果関係を否定し得ない場合であっても、共同して反撃行為を行った者において、相当性判断の基礎となる事実に関し錯誤があり、その認識に従えば相当性の範囲を逸脱していないときには、誤想防衛の一場合として、その者に対し、生じた結果についての故意責任を問うことはできない」

- ・ 過剰防衛の成否

- * 連帯説：

- * 個別説

- ・ 急迫性の判断 ← 過剰防衛は違法行為ゆえ、正当防衛も同じとは限らない

【最決平 4.6.5 刑集 46-4-245】 共同正犯と正当防衛(急迫性)[H2 あ 788]

A：殺人+入管法違反+外国人登録法違反：有罪・懲役7年→棄却→棄却

B：殺人：懲役8年→過剰防衛・懲役5年(確定)

パーティーに参加する予定の女友達に電話したら勤務先のフィリピンパブの店長に電話を切られたため、Bを誘い、包丁をもって店に向かったところ、先に行ったBは店長に見つかって暴行されたため、刺し殺したもの

「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきそれぞれその要件を満たすかどうかを検討して決するべきであって、共同正犯者の一人について過剰防衛が成立したとしても、その結果当然に他の共同正犯者についても過剰防衛が成立することになるものではない」「被告人は、松村の攻撃を予期し、その機会を利用してペヒをして包丁で松村に反撃を加えさせようとしていたもので、積極的な加害の意思で侵害に臨んだものであるから、松村のペヒに対する暴行は、積極的な加害の意思がなかったペヒにとっては急迫不正の侵害であるとしても、被告人にとっては急迫性を欠くものであって（最決昭 52.7.21 参照）、ペヒについて過剰

防衛の成立を認め、被告人についてこれを認めなかった原判断は、正当」

・量的過剰

【最判平 6.12.6 刑集 48-8-509】共同正犯者による追撃行為[前掲 H2 あ 335]

「相手方の侵害に対し、複数人が共同して防衛行為としての暴行に及び、相手方からの侵害が終了した後に、なお一部の方が暴行を続けた場合において、後の暴行を加えていない者について正当防衛の成否を検討するに当たっては、侵害現在時と侵害終了後とに分けて考察するのが相当であり、侵害現在時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の暴行については、侵害現在時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべき」

第2節 共犯の諸問題

第1款 共犯と身分

1. 65条における身分の意義を理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・身分の意義：一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊の地位又は状態

【最判昭 27.9.19 刑集 6-8-1083】身分の意義(横領における占有者)[S27 れ 103]

「刑法六五条にいわゆる身分は、男女の性別、内外国人の別、親族の関係、公務員たるの資格のような関係のみに限らず、総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊の地位又は状態を指称するものであつて、刑法二五二条においては、横領罪の目的物に対する犯人の関係が占有という特殊の状態にあること、即ち犯人が物の占有者である特殊の地位にあることが犯罪の条件をなすものであつて、刑法六五条にいわゆる身分に該するものと云わなければならない」(警察官による揉消料の恐喝未遂、揉消料を費消したことによる横領：原審は揉消料を占有していなかった共犯者につき§65-1を適用し横領の共同正犯とした)

- ・身分の例：違法性の強弱・責任の軽重を反映している場合が多い

＊ §65-1 の身分

- ・虚偽公文書作成(§156)・収賄(§197)の「公務員」、偽証(§169)の「宣誓した証人」
- ・強姦(§177)の「男性」、横領(§252)の「占有者」、背任(§247)の「事務処理者」
- ・占有離脱物横領罪(§254)の「他人の物の占有者」など
- ・保護責任者不保護(§218)の「保護責任者」

【最判昭 27.9.19 刑集 6-8-1083】横領罪(§252)の占有者[S27 れ 103]

＊ §65-2 の身分

- ・常習賭博罪(§186)の「常習者」、業務上横領罪(§253)の「業務上」の占有者
- ・業務上墮胎(§214)の「意思」、特別背任(会社法 960)の取締役等
- ・保護責任者遺棄(§218)の「保護責任者」

【最決平 17.10.7 刑集 59-8-1108】特別背任は背任(§247)の加重類型

- ・目的のような主観的事情：判例は肯定 ← 一定の継続性のあるものに限定すべき

【最判昭 42.3.7 刑集 21-2-417】麻薬密輸入罪の「営利の目的」[S41 あ 1651]

共犯者の営利目的を知っていたが、自身は営利目的がなかった被告人に対し、§65-2で単純密輸入とした(原審は営利目的密輸入罪を認めていたため、破棄自判)

＊両方にまたがるもの

- ・業務上横領罪(§253)の「業務上の占有者」

【最判昭 32.11.19 刑集 11-12-3073】業務性を欠く非占有者の共犯[S30 あ 3640]

「被告人兩名はかかる業務に従事していたことは認められないから、刑法六五条一項により同法二五三条に該当する業務上横領罪の共同正犯として論ずべきものである。しかし、同法二五三条は横領罪の犯人が業務上物を占有する場合において、とくに重い刑を科することを規定したものであるから、業務上物の占有者たる身分のない被告人兩名に対しては同法六五条二項により同法二五二条一項の通常の横領罪の刑を科すべき」破棄自判し「被告人兩名の判示第一の所為は、いずれも刑法二五三条、六〇条、六五条、二五二条一項に、被告人菊地の判示第二の所為は同法二五二条一項にそれぞれ該当する」(中学校建設資金の着服の共同正犯)

【東京高判平 8.2.26 判時 1575-132】国際航業業務上横領事件[H6 う 1301]

「同(二)の所為は……同法六〇条、六五条一項、二五三条に該当するが、被告人Aには業務上占有者の身分が

ないので同法六五条二項により同法二五二条一項の刑を科する」

・事後強盗罪の「窃盗であること」と暴行脅迫への加功者

＊承継的共犯 ← 実行行為は暴行・脅迫で、窃盗だけなら暴行予定でも事後強盗とはいえない

＊真正身分犯 → 連帯するから事後強盗罪となる ∴ 事後強盗罪の基本的罪質は財産犯

＊不真正身分犯 → 連帯しないから暴行罪や脅迫罪となる

【東京地判昭 60.3.19 判時 1172-155】不真正身分説

【大阪高判昭 62.7.17 判時 1253-141】真正身分説

2. 65条1項と2項の関係についての主要な見解を理解し、具体的事例に即して説明することができる。

・65条1項と2項の関係

§65-1 犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功したときは、身分のない者であっても、共犯とする

#2 身分によって特に刑の軽重があるときは、身分のない者には通常の刑を科する

＊通説・判例：真正身分(構成的身分) ⇔ 不真正身分(加減的身分)

→§65-1 で非身分者も身分者と共犯なら可罰的とする

→§65-2 で加減的身分による結論の妥当性を確保する

・罪名科刑分離説：真正・不真正身分犯の共犯の成否 ⇔ 不真正身分犯の科刑

→不真正身分の非身分者は、#1 で身分者の罪の共犯とし、#2 で非身分者の罪で科刑する

・違法身分・責任身分説：違法身分 ⇔ 責任身分

【最判昭 31.5.24 刑集 10-5-734】65条各項の意義[S30 あ 3263]

夫の母を夫と共謀して殺害したもの。夫は§200,60、被告人は§200,65-1,60,65-2 で 199 の範囲内とした。

「刑法二〇〇条の罪は犯人の身分により特に構成すべき犯罪ではなく単に卑属親たる身分あるがため特にその刑を加重するに過ぎないものであるから直系卑属でない共犯者に対しては刑法六五条二項によつて処断すべき」

→「刑法 200,65-1,60 に該当する旨判示しているのであるからこの点においては違法の譏を免れ得ない」

・§65-1 の扱い

＊身分者・非身分者間の教唆（例：公務員・非公務員の収賄の教唆）

・非公務員→公務員の教唆：§65-1 で教唆罪成立

・公務員→非公務員の教唆：間接正犯(多数・身分なき故意ある道具) ← 収賄教唆／共同正犯

＊共同正犯：狭義の共犯のみならず、共同正犯も対象となる

【最決昭 40.3.30 刑集 19-2-125】女性に強姦罪の共謀共同正犯を肯定

＊間接正犯：自手犯以外では、非身分者が身分者を利用し間接正犯を実行することもできる

【最判昭 32.10.4 刑集 11-10-2464】虚偽公文書作成罪の間接正犯を肯定[S29 あ 3851]

「刑法一五六条の虚偽公文書作成罪は、公文書の作成権限者たる公務員を主体とする身分犯ではあるが、作成権限者たる公務員の職務を補佐して公文書の起案を担当する職員が、その地位を利用し行使の目的をもつてその職務上起案を担当する文書につき内容虚偽のものを起案し、これを情を知らない右上司に提出し上司をして右起案文書の内容を真実なものと誤信して署名若しくは記名、捺印せしめ、もつて内容虚偽の公文書を作らせた場合の如きも、なお、虚偽公文書作成罪の間接正犯の成立あるものと解すべきである。けだし、この場合においては、右職員は、その職務に関し内容虚偽の文書を起案し情を知らない作成権限者たる公務員を利用して虚偽の公文書を完成したものとみるを相当とするからである」(虚偽公文書作成：有罪／棄却)

・ §65-2 の扱い

* 医師に堕胎を教唆した場合（女性は同意している場合）

→医師＝業務上堕胎(§214)、教唆者＝同意堕胎教唆(§65-2,61-1,213)

* 賭博常習者が、非常習者の賭博を幫助した場合

→非常習者＝単純賭博(§185)、幫助者＝常習賭博幫助(§65-2,62-1,186-1)

←刑が重くなるのは非常習者という消極的身分を認めたせいで、不当

←正犯なき共犯ではなく、責任または違法性が異なるのだから当然

第2款 承継的共犯

1. 承継的共犯の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 承継的共犯：先行行為者が既に実行行為の一部を終了した後、後行行為者が関与するもの

→ 承継的共同正犯：共同実行の意思を持って実行に参加する場合

→ 承継的帮助：加担の意思で関与する場合

← 関与前の行為について後行行為者の行為は(物理的にも心理的にも)因果性をもちえない

← 先行事情を積極的に利用し、暴行脅迫に関与したのと同視しうるなら共同正犯。

ただし、共謀前に生じていた結果については帰責できない

※ 承継的教唆：無理：先行行為者が既に犯意をもって実行行為を開始しているから

・ 判例

- * 事後強盗：財物を得たのち、逮捕免脱等の目的での暴行・脅迫のみに参加した場合

→ 事後強盗 ⇔ 暴行・脅迫

← 事後強盗罪の着手は暴行・脅迫行為の開始時であり、共犯と身分の問題

【東京地判昭 60.3.19 判時 1172-155】事後強盗の暴行への参加[S59 合わ 197]

強盗致傷(窃盗も共謀)：窃盗の共謀を否定し、A 強盗致傷(240 前段・238)・酌量、B 傷害で各有罪(確定)

「被告人高野弘美の判示所為は同法六五条一項、六〇条、二四〇条前段(二三八条)にそれぞれ該当するが、被告人高野弘美には窃盗の身分がないので同法六五条二項により同法二〇四条、罰金等臨時措置法三条一項一号の傷害罪の限度で刑を科すこととし」(A が酒に酔って近くにいた被害者に酒代を貸せと言い、3000 円を窃取したが、返すように言われたため、AB が暴行を加えて傷害したもの)

【札幌地判平 2.4.23 判タ 737-242】事後強盗罪の性質[H1 わ 531]

窃取後家人に発見され、逃走時に暴行して傷害を負わせたもの。当初は完全責任だが、逃走時は心神耗弱

「被告人は、本件暴行行為当時において心神耗弱の状態にあったものとして限定責任能力を認めるのが相当であるところ、事後強盗罪は窃盗犯人を身分とする犯罪類型で、実行行為は暴行、脅迫と解されるから、右実行行為たる暴行時において限定責任能力を認めるべき本件においては、被告人は本件犯行全体について限定責任能力者として処断されるべきである」(強盗傷人・心神耗弱・酌量・懲役 2 年 6 月：確定)

- * 結合犯 = 既に生じていた強盗・強姦の手段たる暴行・脅迫、その傷害結果の帰責

- ・ 否定説：暴行・脅迫部分も否定するもの(窃盗・準強姦)

【広島高判昭 34.2.27 高刑集 12-1-36】否定説(準強姦)[S33 う 283]

強姦致傷×2 + 窃盗：強姦致傷×2 + 窃盗 → 準強姦×2 + 窃盗(確定)

被害者 2 名を弟らが強姦中、待機中の仲間から話を聞いて共謀し、抵抗する気力を失った 2 名を姦淫したもの。

「このように先行者によつて既に開始された犯罪実行の中途からこれを介入した者の責任は、その介入後の行為についてのみ発生するものと解すべきであるから、本件においても被告人は前述の共謀関係成立後の犯行についてのみ責任を負い、それ以前の他の者の犯行については責任を負わないものといわなければならない。したがつて被告人に原判示の各致傷の責任を負わせるには、該各致傷の結果が上述被告人の共謀関係成立後の強姦行為によつて生じたものであることが立証されなければならない。しかるに、右各致傷の結果が本件一連の強姦行為中に生じたものであることは前段認定のとおりであるけれども、果してそのいずれの段階において生じたものであるかは証拠上全く不明である。それゆえ、被告人については強姦の範囲内においてのみ責任を問ひ得るに止り、原判示の各致傷の結果についてまで責任を問うことはできない」

- ・ 中間：暴行・脅迫部分は帰責するが傷害結果は帰責しないもの(強盗・強姦)

【東京地判平 7.10.9 判時 1598-155】 中間説(強盗)[前掲 H7 合わ 190]

強盗致傷：強盗・懲役3年保護観察付猶予5年(確定・裁判長池田修)

昏睡強盗の共謀で睡眠薬を飲ませたが、眠らないため共犯者が暴行して金品を奪ったもの

「先行行為者の犯罪に途中から共謀加担した者(後行行為者)の負うべき責任の範囲については、種々の議論があるが、強盗致傷の事案において、本件のように、先行行為者が専ら暴行を加え、被害者の反抗を抑圧し、右暴行により傷害を与えた後に、財物奪取を共同して行った後行行為者については、強盗罪の共同正犯としての責任を負うものの、強盗致傷罪の共同正犯としての責任までは負わないものと解するのが相当である。何故なら、後行行為者は、財物奪取行為に関与した時点で、先行行為者によるそれまでの行為とその意図を認識しているのみでなく、その結果である反抗抑圧状態を自己の犯罪遂行の手段としても積極的に利用して財物奪取行為に加担しているのであるから、個人責任の原則を考慮に入れても、先行行為者の行為も含めた強盗罪の共同正犯としての責任を負わせるべきものと考えられるが、反抗抑圧状態の利用を超えて、被害者の傷害の結果についてまで積極的に利用したとはいえないのにその責任を負わせることは、個人責任の原則に反するものと考えられるからである。本件においても、財物奪取行為のみに関与した被告人については、強盗罪の共同正犯の責任は負うものの、強盗致傷罪の共同正犯の責任までは負わないものと解される」

【東京高判平 17.11.1 東高刑時報 56-1=12-75】 中間説(強盗)[H17 う 2150]

被害者2名にABが強盗を共謀して暴行脅迫し、合流したCも共謀して暴行、それをAから電話で聞いたXYGHがBの車で現場に向かう間、場所を移動したACがさらに暴行、合流したGが暴行を加えてからABCGHXYが強盗を共謀し、金品を強取し、さらにIとも共謀して現金を強取したもの(強盗傷人等：強盗傷人等→強盗等)

「被害者両名の傷害はすべて被告人両名について共謀が成立する前に生じていたものと認めざるを得ず、被告人両名が他の共犯者らによるこれらの傷害の原因となった暴行による被害者両名の反抗抑圧状態を利用して強盗の犯行に加功したとしても、加功前に生じた傷害の結果についてまで帰責されるものではない……被告人両名に対しては、強盗罪の共同正犯が成立するにとどまり、強盗致傷罪の共同正犯の刑責を問うことはできない」

また、合流前に現金を奪っていたため、「被害者両名から強取された現金等のうち、Dから強取された現金約5500円及びEから強取された現金約1万5000円については被告人両名には帰責することができない」

・肯定説：傷害結果も帰責したもの(強盗致傷・強姦致傷)

【大判昭 13.11.18 刑集 17-21-839】 被害者殺害後の幫助(強盗殺人幫助)[S13 れ 1221]

「刑法第二百四十条後段の罪は強盗罪と殺人罪若は傷害致死罪より組成せられ右各罪種が結合せられて単純一罪を構成するものなるを以て他人が強盗の目的を以て人を殺害したる事実を知悉し其の企図する犯行を容易ならしむる意思の下に該強盗殺人罪の一部たる強取行為に加担し之を幫助したるときは其の所為に対しては強盗殺人罪の従犯を以て問擬するを相当とし之を以て単に強盗罪若は窃盗罪の従犯を構成するに止まるものと為すべきにあらず」(夫を怪しんで追ったところ、家人を殺害したので財物奪取を手伝うと言われ、ろうそくを持って照らし夫の財物奪取を容易にしたもの。強盗幫助→破棄自判・強盗殺人幫助)

【札幌高判昭 28.6.30 高刑集 6-7-859】 肯定説(強盗傷人)[S28 う 184]

たまたまAが被害者を殴打して金を要求しているところを通りがかり、協力して金品を奪ったもの

「按ずるに刑法第二百四十条前段の罪は強盗の結果的加重犯であつて単純一罪を構成するものであるから、他人が強盗の目的を以て暴行を加えた事実を認識してこの機会を利用しともに金品を強取せんことを決意し、茲に互いに意思連絡の上金品を強取したものは、仮令共犯者がさきになしたる暴行の結果生じたる傷害につきなんら認識なかりし場合と雖も、その所為に対しては強盗傷人罪の共同正犯を以て問擬するのが正当である」

【東京高判昭 57.7.13 判時 1082-141】 肯定説？(強盗傷人)[S57 う 320]

「被告人が加担した以後の暴行は、自己の逃走を容易にする目的のほか、強取した財物を確保し、タクシー料金の支払を免れるという利益の取得を決定的に確実なものにするための手段としても行われた……宮下が強盗の

実行行為に着手してから、被害者を布団蒸しにするまでの間の一連の所為を包括的にとらえて、これを不可分の関係にある一個の強盗行為とみるのが実体に即するというべきであるから、前記財物及び財産上の利益の取得を確保するという行為は、一個の強盗行為の一部を組成するものであり、したがって、被告人は強盗の実行行為の一部を分担したものといわなければならない」「被告人が宮下の行った一個の犯罪の一部に共同正犯として承継加担した以上、自己の直接関与することのなかった宮下の先行行為を含め、同人につき成立すべき犯罪の全体につき同一の罪責を免れないことは当然」但し、被告人の暴行で傷害結果も生じている。

・ 肯定ないし中間説：傷害結果が生じていないもの(強盗・強姦)

【名古屋高判昭 38.12.5 下刑集 5-11=12-1080】 肯定～中間説(強姦)[S38 う 458]

準強姦教唆+強姦未遂→強姦共同正犯(強姦目的で被害者を暴行脅迫して抗拒不能とし、訪れた友人に姦淫を勧め、自分も姦淫しようとしたが逃げられたもの)

「右韓は、被告人の強姦の意思、及び被告人のなした暴行脅迫により被害者が抗拒不能の状態になつた経緯を察知しながら、被告人の勧めにより、右状態を利用して被害者を姦淫しようとしたのであるから、この時被告人と右韓の間には、右A子に対する刑法第一七七条前段の強姦罪の共謀が成立したのであり、右共謀に基き右韓は被害者を強いて姦淫した以上、右兩名は同罪の共同正犯と言うべきである。従つて右韓は、同人が本件に直接関与する以前に被告人によつて行われた被害者に対する暴行脅迫による反抗抑圧行為について責任を負うとともに、被告人も右韓の被害者に対する姦淫行為について責任を負わなければならない。して見れば右韓の姦淫によつて同人と被告人の共謀による強姦罪は既遂に達したのであつて、被告人の所為は準強姦の教唆に止まるものではなく、また被害者が逃出したため被告人自身の姦淫の目的は遂げられなかつたとしても、更に、これについて被告人に強姦未遂の責任を問うべきではない」

* 暴行と傷害結果：傷害結果が共犯者合流前後のいずれから生じたか不明な場合

【最決平 24.11.6 刑集 66-11-1281】 否定説(共謀前の傷害結果は帰責せず)[H24 あ 23]

傷害×2+強盗等：懲役6年→棄却→棄却

「被告人は、Aらが共謀してCらに暴行を加えて傷害を負わせた後に、Aらに共謀加担した上、金属製はしごや角材を用いて、Dの背中や足、Cの頭、肩、背中や足を殴打し、Dの頭を蹴るなど更に強度の暴行を加えており、少なくとも、共謀加担後に暴行を加えた上記部位についてはCらの傷害……を相当程度重篤化させたものと認められる。この場合、被告人は、共謀加担前にAらが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によってCらの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である。原判決の上記2の認定は、被告人において、CらがAらの暴行を受けて負傷し、逃亡や抵抗が困難になっている状態を利用して更に暴行に及んだ趣旨をいうものと解されるが、そのような事実があったとしても、それは、被告人が共謀加担後に更に暴行を行った動機ないし契機にすぎず、共謀加担前の傷害結果について刑事責任を問い得る理由とはいえないものであつて、傷害罪の共同正犯の成立範囲に関する上記判断を左右するものではない」が、量刑不当ではないから上告棄却

(千葉補足) 安易に暴行罪の限度の共同正犯とすることを戒めた上で、「いわゆる承継的共同正犯において後行者が共同正犯としての責任を負うかどうかについては、強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合がありますので、承継的共同正犯の成立を認め得るであろうが、少なくとも傷害罪については、このような因果関係は認め難いので……承継的共同正犯の成立を認め得る場合は、容易には想定し難いところである」

* 単統一罪の承継的共同犯

【大阪高判昭 45.10.27 判時 621-95】 肯定説(殺人罪・先行行為のみが死因だった例)

【東京高判昭 34.12.7 高刑集 12-10-980】 肯定説(監禁罪)

【東京高判平 14.3.13 東高刑時報 53-1=12-31】肯定説(略取誘拐罪・監禁行為に関与)

・恐喝・詐欺：後行行為は軽度でそれだけでは脅迫・欺罔行為と言えない場合

【横浜地判昭 56.7.17 判時 1011-142】中間説(恐喝・正犯者意思を否定し恐喝幫助)

「被告人は被害者 F が S らの先行行為により畏怖状態にあることを認識・認容して金員受領行為に加担しているので、これによって恐喝罪の実現に協力したと評価することができるが、傷害の結果を生じさせることやその拡大につながるような暴行等の寄与行為はなんらしていないから、傷害については共同実行の意思及びその事実の存在を認めることはできず、結局、本件については恐喝罪の限度で承継的共犯の成立を認めることができるが、傷害についてはこれを認め得ない（この理は、先行行為者の行為が強盗致傷にあたる場合でも同様であると思料される。）」（恐喝＋傷害＋覚せい剤取締法違反：恐喝幫助＋覚せい剤取締法違反）

【大阪高判昭 62.7.10 高刑集 40-3-720】中間説(傷害否定・恐喝肯定)[S61 う 1108]

傷害＋恐喝等：傷害＋恐喝等→暴行＋恐喝等(確定)

「先行者の犯罪遂行の途中からこれに共謀加担した後行者に対し先行者の行為等を含む当該犯罪の全体につき共同正犯の成立を認め得る実質的根拠は、後行者において、先行者の行為等を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したということにあり、これ以外には根拠はないと考えられる。従つて、いわゆる承継的共同正犯が成立するのは、後行者において、先行者の行為及びこれによつて生じた結果を認識・認容するに止まらず、これを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、実体法上の一罪（狭義の単純一罪に限らない。）を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、右行為等を現にそのような手段として利用した場合に限られる」

「被告人は……自らも喝取金の分配に与りたいという気持になり、同人からの金員の受領役を買つて出、同人が、正勝らの脅迫により畏怖していることを知りながら、これを積極的に利用して、自らも金員喝取の犯行に共謀加担したものと認められるから、前記一 4 に説示の当裁判所の見解によつても、被告人につき恐喝の共同正犯（いわゆる承継的共同正犯）が成立する」

【名古屋高判昭 58.1.13 判時 1084-144】中間説？(恐喝)[S57 う 303]

2000 万円の恐喝の計画で、1000 万円喝取後共謀に加わったが残り 1000 万円を得られなかったもの

「本件において、被告人中野の加功前すでに先行行為者（共犯者ら）による一〇〇〇万円の喝取は完全に既遂状態に達し、その金員の分配も終了していたのであるから、被告人中野にとってその既成の事実に対し支配を及ぼすことは不可能であったことが明らかである。したがって、この点の責任までも被告人中野に負わせることは相当でない」「もっとも、被告人中野は、共犯者らとの間で、さきに村川、宮崎が行った脅迫並びにこれによる被害者の畏怖状態や三月三日残りの一〇〇〇万円を支払うとの約束を容認したうえ、これらを利用して爾後の犯行を遂行することを共謀し、現にこれらを利用して自らも右金員支払いの要求行為を行っていると認められるから、その限度では、被告人中野の行為は、その構成要件該当性を考察するうえで、同被告人に事前共謀があった場合と価値的に同視しうるものと考えられ、この意味では共同正犯としての責任の内容について先行行為を承継しているといえるのであって、同被告人の加功後に被害者に対する脅迫行為がなかったとしても、同被告人はなお右一〇〇〇万円については共同正犯として恐喝未遂の責任を免れない」（恐喝：恐喝→恐喝未遂）

＊包括一罪の承継的共犯

【東京高判平 8.11.19 東高刑時報 47-1=12-125】肯定説(医薬品業務製造等)[H8 う 897]

薬事法違反＋麻薬及び向精神薬取締法違反等：有罪／棄却

オウム真理教での継続的な医薬品(麻酔)の無許可製造・麻薬の不法製造に、途中から関与したもの

「無許可製造行為及び……不法製造行為は、それぞれが別個の包括一罪を構成する。そして、各犯行は、教団の宗教儀式等に用いることを目的とし、この目的に見合うものとして大量の製品の生産を目指していたこと、製造に直接関与していた者は組織改編前の厚生省ないし改変後の第二厚生省所属の信者に限られ、教団代表者松本及び教団幹部の指示に従い、実験を経て確立した製造工程を分担して、チオペンタール及びメスカリンを完成させ

ていること、その期間は、チオペンタール製造については三か月余り、メスカリン製造については二か月余りと比較的短期間であったこと、また、それに実際に関与した信者は少数にとどまり、各信者の関与の時期や期間は一律でないものの、途中関与者らに対する指示や引継ぎが十分に行われていたことは証拠上明らかであって、各犯行とも、それぞれ一罪としての一体性と統一性が強く保たれていること、関係各証拠を総合すれば、被告人が、出家信者として第二厚生省に所属し、土谷から指示されて、右のような目的、目標を理解し、他の者らによる従前の行為を認識了知した上、主体的、積極的にチオペンタール及びメスカリンの各製造に途中から加担し、前者につき中間の一か月足らずの期間、後者につき最後の一か月余りの期間それぞれその製造に従事したものと認められることの諸事情にかんがみ、被告人は、既に製品化されていた分の製造行為をも含め加担前の各製造行為全部についても、承継的共同正犯としての責任を負うといわなければならない。他方、被告人が、途中でチオペンタール製造の担当から離れたのは、土谷から量産態勢が確立したメスカリン製造への担当替えを指示されたことによるものであって、チオペンタール製造の意思をなくしたわけのものではなく、もとより共犯者による製造の継続を阻止する意思などなかったことが証拠により認められるから、その後のチオペンタールの製造について、共謀からの離脱が成立する余地はない」

第1款 共犯と故意・過失

1. 共犯における錯誤について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 共犯の錯誤：共犯者間で主観的認識が異なるなど、主観と客観のずれが生ずるもの

- ＊ 共犯の過剰：錯誤のうち、特に一部が共同意思以上の行為をした場合

- ・ 同一構成要件内の齟齬

- ＊ 方法の錯誤＝A宅への窃盗を教唆したが、B宅へ窃盗した場合

- 法定的符合説を採用し窃盗教唆罪とする

- ・ A殺害を教唆し、BをAと誤信して殺害した場合、教唆者にとっては方法の錯誤

【大判大 9.3.16 刑録 26-185】方法の錯誤があっても窃盗教唆罪成立[T9 131]

要旨「教唆者に於て具体的に犯罪実行の手段方法其他犯罪の場所、時期又は目的物等を指定したる場合に於て被教唆者が其指定に違背し教唆者の意思と被教唆者の実行行為との間に齟齬ありたるときと雖も被教唆者が指定の違背に付き認識ありたると否とを問はず苟も教唆せられたる一定の犯罪行為を実現せしめたる以上は仍ほ教唆罪の成立を妨げざるものとす」

【最判昭 25.7.11 刑集 4-7-1261】ゴットン師事件[S24 3030]

窃盗を教唆したところ、侵入できず、別の家に侵入強盗したもの（窃盗教唆＝住居侵入教唆／破棄差戻し）

「犯罪の故意ありとなすには、必ずしも犯人が認識した事実と、現に発生した事実とが、具体的に一致（符合）することを要するものではなく、右両者が犯罪の種類（定型）として規定している範囲において一致（符合）することを以て足るものと解すべきものであるから、いやしくも右光延久次の判示住居侵入強盗の所為が、被告人是友徳恵の教唆に基いてなされたものと認められる限り、被告人是友徳恵は住居侵入窃盗の範囲において、右光延久次の強盗の所為について教唆犯としての責任を負うべきは当然であつて、被告人是友徳恵の教唆行為において指示した犯罪の被害者と、本犯たる光延久次のなした犯罪の被害者とが異なる一事を以て、直ちに被告人是友徳恵に判示光延久次の犯罪について何等の責任なきものと速断することを得ない」犯人らは「諦めて帰りかけたが、右三名は、吾々はゴットン師であるからただでは帰れないと言ひ出し、隣のラヂヲ屋に這入つて行つたので自分は外で待つておつた旨の記載があり、これによれば光延久次の藤原方における犯行は、被告人徳恵の教唆に基いたものというよりむしろ光延久次は一旦右教唆に基く犯意は障碍の爲め放棄したが、たまたま、共犯者三名が強硬に判示日備電気商会に押入らうと主張したことに動かされて決意を新たにして遂にこれを敢行したものであるとの事実を窺われないでもないのであつて、彼等綜合するときは……果して明確に被告人是友徳恵の判示教唆行為と、光延久次の判示所為との間に、因果関係があるものと認定したものであるか否かは頗る疑問である」

- ・ 重い罪が実行された場合

- ＊ 共同正犯：軽い罪の共同正犯となる。重い罪を実行した方は重い罪の共同正犯

- ・ 窃盗の共同意思で一部が強盗→強盗の共同正犯と窃盗の共同正犯

- ＊ 教唆：重なり合う範囲で軽い罪の教唆犯となる

- ・ 軽い罪が実行された場合

- ＊ 教唆＝窃盗を教唆したが、占有離脱物横領の犯意を生じて実行した場合

- 窃盗と占有離脱物横領は構成要件的に重なり合うため、占有離脱物横領教唆と認める

- ・ 窃盗を教唆し、窃盗の犯意を生じその故意で実際は占有離脱物横領を実行した場合

- 実行従属性から、着手の認められない窃盗教唆未遂ではなく、占有離脱物横領教唆となる

- ・ 殺人を教唆し、傷害の犯意を生じて実行した場合

- 傷害教唆となる。殺人の故意を生じていないため、殺人教唆未遂とはいえない

- ・ 間接正犯と教唆犯の錯誤

- * Y が X を道具として殺人の間接正犯を行おうとしたが、X は気付いた上で殺害した場合

- ・ 主観説：行為者の主観面に従う → 殺人の間接正犯

- ← 実行者 X は道具とはいえない

- ・ 客観説：行為者の客観面で決する → 殺人の教唆犯

- ← 間接正犯として利用する行為と教唆は実質的に近似しており、教唆犯を認めてよい

- * Y が X に殺人教唆をしたが、X は実は Y の道具として殺人をした（間接正犯）

- 殺人の間接正犯だが、故意がないので軽い殺人教唆となる

- 2. 結果的加重犯に対する共犯規定の適用の可否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 共犯の過剰：傷害の共謀をしたのに共同正犯が被害者を殺害した場合

- 傷害にとどまらず傷害致死となる

- * 判例は加重結果に過失を要求しない以上、特に問題は生じない

- 【最判昭 24.7.2】強盗の機会の傷害[S24 112]**

- （判決理由・抄）「本件は被告人等共謀の上強盗を為し、その結果、人を傷害したと云う案件である。既に強盗について共謀のある以上他の共犯者がその強盗の機会において、被害者に傷害を与へたときは、たとえ、被告人が所論のごとく、現実にはその傷害の原因たる暴行について、認識がなかったとしても被告人もまた、強盗傷人罪の責任を負はなければならない」

- 【最判昭 26.3.27 刑集 5-4-686】強盗の機会の殺人[S24 2681]**

- BC 共謀し窃盗 1 件、ABC 共謀し窃盗 1 件、侵入強盗 2 件、強盗 1 件、ABCD 共謀し侵入強盗 1 件（非常ベルを鳴らした家人 2 名に D が発砲し 1 名殺害、逃走中に逮捕されそうになったため警察官 1 名を B が刺殺）。

- A：[控審]窃盗×1+住居侵入&強盗×2+強盗×1+住居侵入&強盗殺人^2・無期懲役→上告棄却

- B：[控審]窃盗×2+住居侵入&強盗×2+強盗×1+住居侵入&強盗殺人^2・無期懲役(確定)

- C：[控審]窃盗×2+住居侵入&強盗×2+強盗×1+住居侵入&強盗殺人^2・酌量・懲役 15 年(確定)

- 「B は被告人と共謀の上原判示の如く強盗に着手した後、家人に騒がれて逃走し、なお泥棒、泥棒と連呼追跡されて逃走中、警視庁巡査に発見され追付かれて将に逮捕されようとした際、逮捕を免れるため同巡査に数回切りつけ遂に死に至らしめたものである。されば右 B の傷害致死行為は強盗の機会において為されたものといわなければならないのであつて、強盗について共謀した共犯者等はその一人が強盗の機会において為した行為については他の共犯者も責任を負うべきものであること当裁判所の判例とする処である（最判昭 24.7.2）それ故 B の行為について被告人も責任を負わなければならない」

- 【大阪地判平 8.2.6 判タ 921-300】強盗後の被害者殺害(不在者も強盗殺人の共謀共同正犯)**

- ・ 結果的加重犯に対する教唆：基本犯の教唆の故意があれば認められる

- 3. 片面的共犯の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 片面的共同正犯：「意思の連絡」がないから認められない

- ← 結果発生に因果性があるから認めるべき

- ・ 片面的教唆：被教唆者が教唆を認識する必要はないから、認められる

- ← 当人が気づかないのに教唆されるということはいえないはず

- ・ 片面的幫助：正犯者が幫助を認識して実行行為を行う心理的因果性は不要

→客観的に実行行為を容易にした因果性があれば片面的幫助は認められうる

【大判大 14.1.22 刑集 3-921】賭博開帳を知り勝手に客を案内(賭博場開帳幫助)[T13 2035]

「共同正犯の成立には其の主観的要件として共犯者間に意思の連絡即ち共犯者が相互に共同犯罪の認識あることを必要とすれども従犯成立の主観的要件としては従犯者に於て正犯の行為を認識し之を幫助するの意思あるを以て足り従犯者と正犯者との間に相互的意思聯絡あることを必要とせるを以て正犯者が従犯の幫助行為を認識するの必要なきものとす。」(賭博場開帳幫助)

【大判昭 3.3.9 刑集 7-172】投票活動干渉を現認しながら放置(投票干渉罪幫助)

【東京地判昭 63.7.27 判時 1300-153】拳銃密輸に気付いたが手伝う(密輸幫助)

拳銃が入っているかもしれないと気付きながら発送作業をしたもの

「被告人は、CやAらに利用され、本件テーブルの形式的な発送手続を行おうとしたが、右手続中Cらの密輸入行為につき未必的な認識を持つに至ったものの、実兄からの依頼ということもあつて、これを幫助する意思のもとに、そのまま右発送手続を完了させたものと認められる」(銃刀法違反幫助等)

4. 過失犯に対する共同正犯規定の適用の可否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

・ 過失の共同正犯

* 肯定説：共同して危険な作業をして人を死に至らしめたが、いずれが原因か不明なら
両者とも過失致傷とすべき

←結果に対応する意思がないのに、共同実行はありえない(犯罪共同説)

←過失単独正犯でも結果の認識は不要ゆえ、過失共同正犯も結果に対応する意思は不要

* 共同過失：自ら遵守するだけでなく、他の共同者にも遵守させるべき関係がある場合

* 判例：過失の共同正犯を認める

【最判昭 28.1.23 刑集 7-1-30】過失によるメタノール含有飲料販売[S25 1688]

「被告人両名の共同経営にかかる飲食店で、右のごとき出所の不確かな液体を客に販売するには「メタノール」を含有するか否かを十分に検査した上で、販売しなければならない義務のあることを判示し、被告人等はいずれも不注意にもこの義務を懈り、必要な検査もしないで、原判示液体は法定の除外量以上の「メタノール」を含有しないものと軽信してこれを客に販売した点において有毒飲食物等取締令四条一項後段にいわゆる「過失二因り違反シタル」と認められたものであることは原判文上明らかである。しかして……右飲食店は、被告人両名の共同経営にかかるものであり、右の液体の販売についても、被告人等は、その意思を連絡して販売をしたというのであるから、此点において被告人両名の間に共犯関係の成立を認めるのを相当とする」(有毒飲食物取締令違反)(小谷反対)「私は過失犯には共同正犯を認むべきものではないと信ずる」

【名古屋高判昭 61.9.30 高刑集 39-4-371】業務上失火[S57 293]

可燃物の遮へい措置を取らずに近くで溶接工事をして火事になったもの(業務上失火共同正犯)

「(1) 被告人両名の行つた本件溶接作業(電気溶接機を用いて行う鋼材溶接作業)は、まさに同一機会に同一場所で前記H鋼梁とH鋼間柱上部鉄板とを溶接固定するという一つの目的に向けられた作業をほぼ対等の立場で交互に(交替して)一方が、溶接し、他方が監視するという方法で二人が一体となつて協力して行つた(一方が他方の動作を利用して行つた)ものであり、また、(2) 被告人両名の間には、あらかじめ前説示の遮へい措置を講じないまま本件溶接作業を始めても、作業中に一方が溶接し他方が監視し作業終了後に溶接箇所にはけつ一杯の水を掛ければ大丈夫である(可燃物への着火の危険性はない)からこのまま本件溶接作業にとりかかろうと考えていること(予見義務違反の心理状態)についての相互的意思連絡の下に本件溶接作業という一つの実質的危険行為を共同して(危険防止の対策上も相互に相手の動作を利用し補充しあうという共同実行意思の下に共

同して) 本件溶接作業を遂行したものと認められる。つまり、被告人両名は、単に職場の同僚としてあらかじめ前記措置を講ずることなくして前記危険な溶接作業(実質的危険行為)をそれぞれ独立に行つたというものではない。このような場合、被告人両名は、共同の注意義務違反行為の所産としての本件火災について、業務上失火の同時犯ではなく、その共同正犯としての責任を負うべき」

【東京地判平 4.1.23 判時 1419-133】世田谷通信ケーブル火災事件[S62 刑わ 2653]

2名で作業中、2個のトーチランプのいずれか1個の消火忘れで可燃性ケーブルが燃えたもの。2名以上の場合は消火確認を互いに呼称する旨定められていた(業務上失火共同正犯)

「いわゆる過失犯の共同正犯の成否等に関しては議論の存するところであるが、本件のごとく、社会生活上危険かつ重大な結果の発生することが予想される場合においては、相互利用・補充による共同の注意義務を負う共同作業者が現に存在するところであり、しかもその共同作業者間において、その注意義務を怠った共同の行為があると認められる場合には、その共同作業者全員に対し過失犯の共同正犯の成立を認めた上、発生した結果全体につき共同正犯者としての刑事責任を負わしめることは、なんら刑法上の責任主義に反するものではない」

- ・ 過失の教唆：無理。教唆は文言上故意を前提しており、§38-1 からも過失犯処罰規定がない
- ・ 過失の幫助：§38-1 の過失犯処罰規定はなく、また処罰範囲が拡大しすぎる
- ・ 過失犯に対する教唆：過失犯に「犯意」はない。過失を惹起するのは間接正犯とすればよい
- ・ 過失犯に対する幫助：不要。注意義務違反があるなら幫助ではなく過失犯の正犯である

第2款 共犯の諸問題

1. 共犯に対する中止犯規定の適用について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

・共犯者の1人が犯罪遂行を中止した場合

＊中断者にそれ以降の結果・他の共犯者の行為を帰責するか → 共犯からの離脱

＊中断者に§43 但書の必要的減免を認めるか

・中止の任意性+結果発生防止の真摯な努力 → 中止の効果が本人のみに生ずる

∴本人が任意に中止しても、他の共犯者によって既遂に達する可能性が大きいから

→結果発生防止の真摯な努力により、結果も新たに惹起されたもの、といえればよい

←違法減少説からは他の者にも中止効果を認めやすい ←中止減免は政策的+責任減少の面

【最判昭 24.7.12 刑集 3-8-1237】強姦致傷で1人だけ姦淫しなかった場合[S24 933]

「強姦に際し婦女に傷害の結果を与えれば、姦淫が未遂であつても強姦致傷罪の既遂となり、強姦致傷罪の未遂といふ観念を容れることはできない」「原審相被告人真野兼二は、同女を姦淫しようとしたが同女が哀願するので姦淫を中止したのである。しかし他の共犯者と同女を強姦することを共謀し、他の共犯者が強姦をなし且つ強姦に際して同女に傷害の結果を与えた以上、他の共犯者と同様共同正犯の責をまぬかれることはできないから中止未遂の問題のおきるわけではない」（強姦致傷+監禁各共同正犯）

【最判昭 24.12.17 刑集 3-12-2028】金を突き返したが共犯者が奪った場合[S24 1800]

「被告人が柴田慶治の妻の差出した現金九百円を受取ることを断念して同人方を立ち去つた事情が所論の通りであるとしても、被告人において、その共謀者たる一番相被告人長谷川頼市が判示のごとく右金員を強取することを阻止せず放任した以上、所論のように、被告人のみを中止犯として論ずることはできないのであつて、被告人としても右長谷川によつて遂行せられた本件強盗既遂の罪責を免れることを得ない」（結局、長谷川が奪った金員は被告人も一緒に費消した。強盗）

2. 共犯関係の解消・離脱が認められる要件について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

・着手前の離脱：(共同)正犯者が実行行為に着手する前に離脱した場合

=他の共犯者の離脱の了承の有無 ∴与えた影響力は相対的に小さい

←実質的に離脱者の関与と正犯等の実行の心理的因果性が切断されたかを検討すべき

=当初の共謀に基づいて実施されたのなら、以後の犯行を防止する措置が必要

【福岡高判昭 28.1.12 高刑集 6-1-1】着手前の離脱(強盗)[S27 2926]

被害者宅に金があると教え、匕首を準備し、侵入を試みたが侵入できず引き返した際に黙って去つたもの。残つた3人は被告人の離脱を知ったが、改めて共謀の上被害者宅に侵入強盗をした(強盗共同正犯等：強盗予備等)

「数人が強盗を共謀し、該強盗の用に供すべき「匕首」を磨くなど強盗の予備をなした後、そのうちの一人がその非を悟り該犯行から離脱するため現場を立ち去つた場合、たとい、その者が他の共謀者に対し、犯行を阻止せず、又該犯行から離脱すべき旨明示的に表意しなくても、他の共謀者において、右離脱者の離脱の事実を意識して残余の共謀者のみで犯行を遂行せんことを謀つた上該犯行に出でたときは、残余の共謀者は離脱者の離脱すべき黙示の表意を受領したものと認めるのが相当であるから、かかる場合、右離脱者は当初の共謀による強盗の予備の責任を負うに止まり、その後の強盗につき共同正犯の責任を負うべきものではない。けだし、一旦強盗を共謀した者と雖も、該強盗に着手前、他の共謀者に対しこれより離脱すべき旨表意し該共謀関係から離脱した以上、たとい後日他の共謀者において、該犯行を遂行してもそれは、該離脱者の共謀による犯意を遂行したものといふことができないし、しかも右離脱の表意は必ずしも明示的に出るの要がなく、黙示的の表意によるも何等妨げと

なるものではないからである」

【最決平 21.6.30 刑集 63-5-475】着手前の離脱(強盗)[H19 あ 1580]

見張り役が実行犯に人が来たのでやめた方がいいと電話し、「もう少し待って」と言われたが「先に帰る」と言って被告人ともども車で立ち去ったもの。共犯者はそれを知りつつ強盗致傷に及んだ(強盗致傷共同正犯・棄却)

「被告人は、共犯者数名と住居に侵入して強盗に及ぶことを共謀したところ、共犯者の一部が家人の在宅する住居に侵入した後、見張り役の共犯者が既に住居内に侵入していた共犯者に電話で「犯行をやめた方がよい、先に帰る」などと一方的に伝えただけで、被告人において格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく待機していた場所から見張り役らと共に離脱したにすぎず、残された共犯者らがそのまま強盗に及んだものと認められる。そうすると、被告人が離脱したのは強盗行為に着手する前であり、たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し、残された共犯者らが被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共謀関係が解消したということとはできず、その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当」

【松江地判昭 51.11.2 刑月 8-11=12-495】暴力団若頭の離脱(否定)[S51 わ 69 他]

「一般的には犯罪の実行を一旦共謀したもので、その着手前に他の共謀者に対して自己が共謀関係から離脱する旨を表明し、他の共謀者もまたこれを了承して残余のものだけで犯罪を実行した場合、もはや離脱者に対しては他の共謀者の実行した犯罪について責任を問うことができないが、ここで留意すべきことは、共謀関係の離脱というためには、自己と他の共謀者との共謀関係を完全に解消することが必要であつて、殊に離脱しようとするものが共謀者団体の頭にして他の共謀者を統制支配しうる立場にあるものであれば、離脱者において共謀関係がなかつた状態に復元させなければ、共謀関係の解消がなされたとはいえない」[被告人 P 3 は P 1 1 組若頭の地位にあつて組員を統制し、同被告人を中心として P 1 8 殺害の共謀がなされていたのであるから、仮りに同被告人がこの共謀関係から離脱することを欲するのであれば、既に右共謀に基づいて行動を開始していた他の被告人ら……に対し、P 1 8 殺害計画の取止めを周知徹底させ、共謀以前の状態に回復させることが必要であつたというべきところ、前認定のとおり、同被告人は被告人 P 2 が犯行現場に向う際一応皆を連れて帰るよう指示したのみで、当時右現場付近に他の被告人らが参集し P 1 8 殺害の危険性が充分感ぜられたにも拘らず、自ら現場に赴いて同所にいる被告人らを説得して連れ戻すなどの積極的行動をとらず、むしろ内心被告人 P 2 らの実行行為をひそかに期待していたとみられるふしもあるのである。してみれば結局被告人 P 3 において共謀関係の離脱があつたと認めることはできないから、右被告人を除いたその余の被告人らにおいて、本件犯行の実行担当者や実行方法につき新たな共謀がなされ、これに基づいて右犯行が実行されたものであるにしても同被告人はこれが刑事責任を免れることはできないというべきである」

- ・ 着手後の離脱：(共同)正犯者が実行行為に着手した後に離脱した場合

＝結果防止のための積極的行為が必要

←それによって因果性が実質的に解消され、新たな犯行に及んだといえるかを検討すべき

【東京地判昭 51.12.9 判時 864-128】着手後の離脱(否定・劇物所持罪)

爆弾製造のため ABC が劇物を所持していたが、現に所持する A は所属する過激派(共産主義者同盟蜂起左派)から資格停止処分を受け、返還を求められていた。BC が共犯からの離脱を主張。

「被告人両名が右所持の共謀関係から離脱したというためには、被告人らにおいて、右鈴木から判示薬品を一たん取り戻すなどして同人の占有を失わせるか、或は、そのための真摯な努力をなしたにもかかわらず、同人においてこれが返還等をなさず、以後の判示薬品の所持が当初の共謀とは全く別個な同人独自の新たな意思に基づいてなされたものと認めるべき特段の事情がなければならぬものと解されるところ、被告人らは、右鈴木に対し、判示薬品の返還要求の意思表示はなしたものの、これを取り戻すなど同人の占有を喪失させるための真摯な努力をなした形跡は全く見当らず、また、右鈴木においても、当初の共謀とは全く別個の意思で改めて所持す

るに至ったものと認めるべき特段の事情も存しないのであるから、被告人らが所持の共謀関係から離脱したものと認めることはできない」(毒劇法違反)

【最決平 1.6.26 刑集 43-6-567】共犯関係の解消(否定・傷害致死)[S63 あ 948]

XY 暴行の共謀をし殴打を加え、かわいそうになったので「おれ帰る」と告げて立ち去った後、残った Y がさらに殴打し、死亡させたもの(傷害致死等共同正犯→棄却)

「被告人が帰った時点では、坏においてなお制裁を加えるおそれが消滅していなかつたのに、被告人において格別これを防止する措置を講ずることなく、成り行きに任せて現場を去つたに過ぎないのであるから、坏との間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということはできず、その後の坏の暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である。そうすると……かりに花田の死の結果が被告人が帰った後に坏が加えた暴行によつて生じていたとしても、被告人は傷害致死の責を負う」

【東京地判平 12.7.4 判時 1769-158】着手後の離脱(肯定・監禁等)[H12 合わ 56]

同居者らが誘拐してきた被害者の身代金を取りに行ったところで現行犯逮捕され、以後捜査に積極的に協力したもの(監禁+拐取者身代金要求共同正犯: 同有罪)

「被告人が犯行を中止したのは、警察官らに現行犯逮捕されたためであって、被告人の意思に基づくものではない。しかも、被告人らが逮捕された以降も、その共犯者である D において、引き続き被害者を監禁して被害者の近親者に対する身の代金要求を繰り返しており、D が被害者を解放したのは、被害者が D を説得し、自ら現金を支払う旨約束したことによるものであって、被告人がその犯行遂行を現実阻止したことはなかった」が「逮捕された者としてなし得る犯行防止措置は尽くした」ほか、関与も受動的で、逮捕後の身代金要求も被告人と無関係にされたとして、「本件各犯行において、被告人は、警察官らに逮捕された後、その説得に応じて捜査協力をしたことにより、自らの加功により本件各犯行に与えた影響を将来に向けて消去したものと評価できるから、その時点において、D らとの間の当初の共犯関係から離脱したものと認める」

【名古屋高判平 14.8.29 判時 1831-58】共犯関係の解消(肯定・傷害)[H14 う 240]

傷害共同正犯: 懲役 1 年 2 月→量刑不当で破棄自判・懲役 10 月

暴行中、それを制止したため主犯格に殴打されて失神したが、その後も場所を変えて暴行が続いたもの。傷害結果①～④のうち、①は失神前、④は失神後の逮捕監禁によるもので、②③は失神前後いずれの暴行によるものか不明。原審はその後の共犯者による逮捕監禁致傷は帰責せず、共同正犯として①②③を帰責した。

「B を中心とし被告人を含めて形成された共犯関係は、被告人に対する暴行とその結果失神した被告人の放置という B 自身の行動によって一方的に解消され、その後の第二の暴行は被告人の意思・関与を排除して B、C らのみによってなされたもの」→①のほか§207 で②③の傷害に責任を負う

【東京地判平 7.10.13 判時 1597-146】共犯関係の解消(殺人)[H6 合わ 177]

殺害を共謀し、雑木林で暴行後、100m 先のトイレに移動したのち、一部が戻って暴行を加え死亡させたもの。被告人は一部が戻ったのを知っていたが、成り行きに任せていた(殺人共同正犯: 同)

「被告人ら五名が当初の共同暴行終了後に犯行現場から離れた時点で、それまでの五名間の共犯関係が解消したなどということはできず、その後のとどめの共同暴行も、当初の共同暴行の余勢を駆って、その共謀の目的を完遂するためになされたものであり、当初の共同暴行に際して形成された F 殺害の共謀に基づくものとみるのが相当である。したがって、被告人 A もとどめの共同暴行及びこれにより生じた結果についての罪責を免れない」

3. 不作為による幫助犯の成立範囲について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

・不作為犯に対する狭義の共犯

* 不成立説: 目的的に行為を支配しない不作為に故意はなく、生ぜしめるべき犯意がない

→不作為状態で結果を発生させるのは、それ自体が作為による正犯である

←正犯とはいえず、共犯にとどまる場合もあるのではないか

* 不作為犯は作為義務を有する者という真正身分犯

←作為義務は構成要件該当性の判断ゆえ不当

* 作為義務のある者に作為をさせない場合は共犯たりうる

・ 不作為による狭義の共犯

* 不作為による教唆：何もせずに犯意を生じさせるということは想定できない

←作為の教唆と同視できるような場合は認めて良いのでは ← それはあるのか？

* 不作為による幫助：作為の幫助と同視しうるだけの作為義務があればありうる(作為義務説)

←不作為と作為は根本的に性格が異なるから無理(不作為独自説・少数)

・ 幫助ゆえ、確実に結果を防止できるほどの可能性は必要ない

【大阪高判平 2.1.23 判タ 731-244】 営業許可名義の貸与だけでは売春防止法違反幫助でない

飲食店営業許可の名義を貸与し、のちに売春場所として利用されているのを知ったのに放置したもの。

(要略)「営業名義の貸与という被告人の先行行為と業としての売春場所の提供との間には関連が乏しく、前者を根拠として、被告人について、各営業許可を使用するのを禁止し、あるいは各所管行政庁に対する許可取消請求をするなどして正犯行為を防止する法律的作為義務を認めることはできない」(売春防止法違反幫助→無罪)

【東京高判平 11.1.29 判時 1683-153】 部下の系列店への強盗計画を放置(無罪)[H10 う 681]

「正犯者が一定の犯罪を行おうとしているのを知りながら、それを阻止しなかったという不作為が、幫助行為に当たり幫助犯を構成するというためには、正犯者の犯罪を防止すべき義務が存在することが必要であるといえるのである。そして、こうした犯罪を防止すべき義務は、正犯者の犯罪による被害法益を保護すべき義務（以下、「保護義務」という。）に基づく場合と、正犯者の犯罪実行を直接阻止すべき義務（以下、「阻止義務」という。）に基づく場合が考えられるが、この保護義務ないし阻止義務は、一般的には法令、契約あるいは本人のいわゆる先行行為にその根拠を求めるべき」系列とはいえ他店の売上が本社に運ばれるようにする保護義務は認められず、特に実行犯を監督すべき義務もなく、「従業員たる地位一般から保護義務ないし阻止義務が是認される場合があるとしても」半信半疑だったから本件では認められないから、「被告人Bについて、いずれにしても不作為による幫助犯の成立を認める前提となる犯罪を防止すべき義務を認めることができないので、原判決の認定した被告人Aらの犯行を阻止しなかった不作為による幫助犯の成立を、認めることができず」無罪

【札幌高判平 12.3.16 判時 1711-170】 同居者の実子への虐待を制止せず(傷害致死幫助)

傷害致死→傷害致死幫助に訴因変更：無罪→傷害致死幫助

前夫と同棲を再開後、離縁済みで自分が親権者の子に折檻するのを放置し、死亡させたもの。当初身代わり逮捕されていた。なお、犯行当時妊娠していた。

「不作為による幫助犯は、正犯者の犯罪を防止しなければならない作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能であるのに、そのことを認識しながら、右一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の実行を容易にした場合に成立し、以上が作為による幫助犯の場合と同視できることが必要」唯一の親権者であったことなどから強度の作為義務を認めた上、監視・制止行為で暴行を阻止し得たとし「被告人は、右可能性を認識しながら、前記一定の作為をしなかった」「被告人の右不作為の結果、被告人の制止ないし監視行為があった場合に比べて、AのDに対する暴行が容易になったことは疑いがないところ、被告人は、そのことを認識しつつ、当時なおAに愛情を抱いており、Aへの肉体的執着もあり、かつ、Aとの間の第二子を懐妊していることもあって、Dらの母親であるという立場よりもAとの内縁関係を優先させ、AのDに対する暴行に目をつぶり、あえてそのことを認容していたものと認められるから、被告人は、右不作為によってAの暴行を容易にしたものというべきである」「被告人の行為は、不作為による幫助犯の成立要件に該当し、被告人の作為義務の程度が極めて強度であり、比較的容易なものを含む前記一定の作為によってAのDに対する暴行を阻止すること

が可能であったことにかんがみると、被告人の行為は、作為による幫助犯の場合と同視できる」

【名古屋高判平 17.11.7 高検速報 716】 同旨(傷害致死幫助)

自宅に男子高校生を引きこんだが、実子に虐待を繰り返し、忠告を受けたが対処せず死亡に至ったもの。親権者であること、男子高校生を引き入れたのが自分であることを重視(先行行為)

- ・ 不作為による共同正犯：不作為犯どうし／作為犯と不作為犯ともにありうる

【大阪高判平 13.6.21 判タ 1085-292】 虐待を制止しなかった父親(殺人の共謀共同正犯)

【東京高判平 20.10.6 判タ 1309-292】 殺意を形成させ、被害者を呼び出した者(〃)

* 不作為による幫助との境界：作為義務の程度

【大阪高判昭 62.10.2 判タ 675-246】 殺人の共同正犯か幫助か[S59 う 617]

共犯者が被害者を殺そうとしているのを知りつつ、スコップを取りに行くよう頼まれ車に戻った上タバコを吸って時間を空費し、その間に殺害されたもの(殺人共同正犯等：殺人共同正犯等→殺人幫助等)

「被告人が、A 1 に言われてスコップとつるはしを取りに戻る際には、自分が席を外せば A 1 が甲殺害の挙に出ることを予測しながら、ことここに及んだ以上、犯行の発覚を防ぐためには、それもまたやむを得ないとの考えに達していた(すなわち、甲に対する殺意を抱いていた)と認めざるを得ない」被告人は殺害を制止し得たし、他に誰もいないことや連れてきたことなどから作為義務も認めるが「被告人に課せられる前示のような作為義務の根拠及び性質、並びに被告人の意図が前示のように甲の殺害を積極的に意欲したものではなく、単に、これを予測し容認していたに止まるものであること等諸般の事情を総合して考察すると、本件における被告人の行為を、作為によつて人を殺害した場合と等価値なものとは評価し難く、これを不作為による殺人罪(正犯)に問擬するのは、相当ではないというべきである」

4. 予備罪に対する共犯規定の適用の可否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 予備罪に対する共犯の成立

* 否定説：予備罪は実行行為がなく、基本犯の実行行為未着手ゆえ共犯も未成立

* 肯定説：予備罪独自の実行行為があり、これがあれば一定の危険を生じた以上共犯も可罰

【最決昭 37.11.8 刑集 16-11-1522】 殺人予備罪の共同正犯の成立を認める

第7章 罪数

第1節 罪数論

第1款 犯罪の個数

1. 犯罪の個数を決定する基準に関する見解を理解し、その概要を説明することができる。
 - ・ 犯罪の個数の評価：一罪の基準
 - * 行為標準説：行為の個数を標準とする(独)
 - ←1個の行為で複数の生命を侵害しても一罪とするのは不当
 - * 意思標準説：行為者の意思を標準とする(新派)
 - ←観念的競合の相当分が一個になってしまう
 - * 法益標準説：侵害された法益の数を標準とする(客観主義)
 - ←多様な犯罪類型に対応しきれない
 - * 構成要件標準説：構成要件充足の回数[実務・有力]
 - ・ 犯罪の個数の種類
 - * 単純一罪(認識上一罪)：構成要件に該当する事実が1回発生すること
 - * 法条競合(当然一罪)
 - * 包括一罪
 - * 科刑上一罪
 - * 併合罪
 - ※評価上一罪 = 法条競合 + 科刑上一罪
 - ※本位的一罪 = 単純一罪 + 法条競合 (+ 科刑上一罪)
 - ※本来的一罪 = 単純一罪 + 法条競合 + 科刑上一罪
 - ・ 数個の行為でも単純一罪となる場合
 - * 結合犯：強盗罪(= 暴行脅迫行為 + 財物奪取行為)など、数個の行為を予定しているもの
 - ・ 着手時期：通常は一部の行為への着手時だが、例外あり
 - ※強盗強姦：強姦に及んだとき → 強盗中に逮捕されたら強盗(未遂)になる
 - ※事後強盗：暴行脅迫に及んだとき → その前に逮捕されたら窃盗(未遂)になる
 - * 集合犯：数個の同種類の行為を予定するもの
 - ・ 常習犯 → 賭博常習者の数個の賭博行為
 - ・ 営業犯 → 無免許医の数個の医業行為
 - いずれも、数個の行為だが、あわせて単純一罪とする(包括一罪とする説あり)

【最決昭 62.2.23 刑集 41-1-1】常習累犯窃盗と侵入具携帯罪(併合罪)[S61 あ 1177]

侵入具携帯(軽犯罪 1:3)で確定判決後、常習累犯窃盗で起訴：免訴→懲役 3 年 6 月→棄却

「本件起訴にかかる常習累犯窃盗罪は、被告人が常習として昭 60.5.3 午前三時ころ大阪市住吉区内の寿司店において金員を窃取したことを内容とするものであり、また、確定判決のあつた侵入具携帯罪は、被告人が同月三〇日午前二時二〇分ころ同市阿倍野区内の公園において住居侵入・窃盗の目的で金槌等を隠して携帯していたというものであつて、このように機会を異にして犯された常習累犯窃盗と侵入具携帯の両罪は、たとえ侵入具携帯が常習性の発現と認められる窃盗を目的とするものであつたとしても、併合罪の関係にある」

※常習犯の個数

【東京高判平 17.7.74 判タ 1281-338】常習盗撮が別都県にまたがると常習一罪でない
埼京線内における常習の同種盗撮行為だが、違反した条例が違うから。

2. 法条競合の意義と種類を理解し、具体的犯罪に即して説明することができる。

- ・ 意義：条文上数個の構成要件に該当するよう見えるが、実は構成要件相互の関係で、
一個の構成要件にしか該当しない場合 ∴法益侵害が1個にすぎない
 - * 特別関係：一般法と特別法の関係に立つ場合
→単純横領(§252)と業務上横領(§253)など
 - * 補充関係：基本となる構成要件を補充する構成要件が定められ、前者が成立しない場合に
後者が成立するもの
→殺人既遂罪と殺人未遂罪、建造物等以外放火罪(§110)と建造物放火罪(§108,109)
 - * 択一関係：相互に両立しがたく、1個のみが適用される場合
→横領罪と背任罪、未成年者略取罪と営利目的略取罪
 - * 吸収関係：ある構成要件該当行為が、他の構成要件該当行為に通常随伴し、前者のみを
もって評価すれば足りる場合
→既遂と未遂、窃盗と不可罰的事後行為
←包括一罪に入れるべき

3. 包括一罪の意義と成立要件を理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 意義：法条競合には含まれないが、一罪と評価されるものの総称
 - * 科刑上一罪と異なり、科刑される罪以外を認定する必要はない
- ・ 一個の行為から数個の結果が生じた場合
 - * 同一構成要件内の場合：被侵害法益が実質的に見て1個といえるか
 - ・ 1個と言える場合 → 包括一罪
→1つの行為で、1人が占有する、複数人の所有物を盗んだ場合=窃盗罪1個
→1つの行為で、複数の家を燃やした場合=放火罪1個 ∴公共の危険は1個
 - ・ 1個と言えない場合 → 観念的競合
→1つの行為で、2人を殺害した場合=殺人罪2個 ∴生命は重要で別個に扱うべき
→1通の告訴状で、2人を虚偽告訴した場合=虚偽告訴罪2個 ∴被告者は別個に扱うべき
 - * 異なる構成要件に及ぶ場合：1個の構成要件該当性評価が、他方を評価しつつしているか
 - ・ 評価しつつしていると言える場合(付随犯) → 包括一罪
→ピストルで殺人し、衣服も破損した場合=殺人既遂罪1個
 - ・ 評価しつつしていると言えない場合 → 観念的競合
→公務員を暴行し、けがをさせる行為=公執妨害1個+傷害罪1個
∴公執妨害に傷害罪が含まれるといえず、逆もまたいえない(侵害法益が違うから)
- ・ 数個の行為が行われた場合
 - * 同一構成要件内の場合(狭義の包括一罪とも)

・数個の行為が1つの犯罪の実現のためになされた場合 → 包括一罪

→ピストルを5発発射し、5発目で銃殺した場合 → 殺人既遂1個

【大判昭 13.12.23 刑集 17-980】約5カ月かけ6回目で殺害(殺人既遂包括一罪)

・接続犯：同一の法益侵害に向けられ、時間的・場所的に近接した数個の行為

【最判昭 24.7.23 刑集 3-8-1373】一夜に米俵を数回にわたって運び出す行為(窃盗包括一罪)

・連続一罪：接続犯ほど近接しないが、同一の構成要件に該当する行為を繰り返した場合

：被害法益の同一性、犯行態様の類似性、犯行日時・場所の近接性、犯意の単一・継続性

【最判昭 32.7.23 刑集 11-7-2018】4カ月で38回の麻薬の違法交付を包括一罪とする

【最判昭 31.8.3 刑集 10-8-1202】3年をおく連続した麻薬交付は包括一罪[S29 あ 180]

麻薬取締法違反：有罪→①部分免訴、②等有罪→破棄差戻し

麻薬中毒の同一人への①S23.6.15-9.30の54回、②S26.8.10-10.16の35回の麻薬交付

「右一、二の各所為は、それぞれ各行為の間に時間的連続と認められる関係が存し、同一の場所で一人の麻薬中毒患者に対しその中毒症状を緩和するため麻薬を施用するという同一事情の下において行われたものであること……かつ、いずれも同一の犯罪構成要件に該当し、その向けられている被害法益も同一であるから、単一の犯意にもとづくものと認められるのであって右一、二の各所為は、それぞれ包括一罪である」

【東京高判平 19.8.9 東高刑時報 58-1=12-58】同一被害者への複数回の振込め詐欺は包括一罪

【最決平 22.3.17 刑集 64-2-111】街頭募金詐欺を包括一罪とした例[H21 あ 178]

「この犯行は、偽装の募金活動を主宰する被告人が、約2か月間にわたり、アルバイトとして雇用した事情を知らない多数の募金活動員を関西一円の通行人の多い場所に配置し、募金の趣旨を立看板で掲示させるとともに、募金箱を持たせて寄付を勧誘する発言を連呼させ、これに応じた通行人から現金をだまし取ったというものであって、個々の被害者ごとに区別して個別に欺もう行為を行うものではなく、不特定多数の通行人一般に対し、一括して、適宜の日、場所において、連日のように、同一内容の定型的な働き掛けを行って寄付を募るといった態様のものであり、かつ、被告人の1個の意思、企図に基づき継続して行われた活動であったと認められる。加えて、このような街頭募金においては、これに応じる被害者は、比較的少額の現金を募金箱に投入すると、そのまま名前も告げずに立ち去ってしまうのが通例であり、募金箱に投入された現金は直ちに他の被害者が投入したものと混和して特定性を失うものであって、個々に区別して受領するものではない。以上のような本件街頭募金詐欺の特徴にかんがみると、これを一体のものと評価して包括一罪と解した原判断は是認できる。そして、その罪となるべき事実は、募金に応じた多数人を被害者とした上、被告人の行った募金の方法、その方法により募金を行った期間、場所及びこれにより得た総金額を摘示することをもってその特定に欠けるところはない」（詐欺一罪等→棄却。千葉・須藤補足あり）

【最決平 5.10.29 刑集 47-8-98】連続した速度違反が包括一罪とならない場合[H3 あ 602]

制限80km/hを145km/hで走行した速度違反で略式命令確定後、10分後、約20km離れた場所で制限70km/hを160km/hで走行した罪で起訴されたもの。

「本件においては制限速度を超過した状態で運転を継続した二地点間の距離が約一九・四キロメートルも離れていたというのであり、前記のように道路状況等が変化していることにもかんがみると、その各地点における速度違反の行為は別罪を構成し、両者は併合罪の関係にある」

(藤島補足)「ある二地点間の運転行為が全体として一個の社会事象と観念されるかどうかは、その間の距離、道路状況の変化とこれに伴う最高速度の規制、進行速度の変更等の運転態様など、諸般の事情を総合して判断すべき」→19.4km離れること、道路状況の変化、最高速度規制の変化、進行速度など運転態様の変化を挙げる

・数個の異なる行為を包括して一罪と評価する場合(狭義の包括一罪とも)

- 賄賂の要求・約束・收受が別途行われても、全体として 1 個の収賄罪
- 人を逮捕し引き続き監禁 → 1 個の逮捕監禁罪
- 犯人の蔵匿・隠避、盗品運搬・保管・有償処分あっせんも同様
- わいせつ物販売罪と同販売目的所持罪
- 監禁罪や常習犯、営業犯 ← これは単純一罪にあたる

【最決平 21.7.7 刑集 63-6-507】児童ポルノ提供と同提供目的所持は併合罪[H20 あ 1703]

児童ポルノ提供＝わいせつ物販売＝わいせつ物販売目的所持＝児童ポルノ提供目的所持

訴因変更によって、児童ポルノ所持＝わいせつ物販売目的所持を追加したのが違法と主張された

「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律 2 条 3 項にいう児童ポルノを、不特定又は多数の者に提供するとともに、不特定又は多数の者に提供する目的で所持した場合には、児童の権利を擁護しようとする同法の立法趣旨に照らし、同法 7 条 4 項の児童ポルノ提供罪と同法 5 項の同提供目的所持罪とは併合罪の関係にあると解される。しかし、児童ポルノであり、かつ、刑法 175 条のわいせつ物である物を、他のわいせつ物である物も含め、不特定又は多数の者に販売して提供するとともに、不特定又は多数の者に販売して提供する目的で所持したという本件のような場合においては、わいせつ物販売と同販売目的所持が包括して一罪を構成すると認められるところ、その一部であるわいせつ物販売と児童ポルノ提供、同じくわいせつ物販売目的所持と児童ポルノ提供目的所持は、それぞれ社会的、自然的事象としては同一の行為であって観念的競合の関係に立つから、結局以上の全体が一罪となる」

* 異なる構成要件に及ぶ場合 → 不可罰的事前行為・事後行為

4. 不可罰的（共罰的）事後行為・事前行為の意義を理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・ 数個の行為が異なる構成要件にまたがるが、包括一罪となる場合

∵ 一方の違法状態が他方に対する処罰により評価しつくされているから

* 窃盗した財物を毀棄・処分しても、器物損壊罪や横領罪にならない

- ・ 但し、窃盗で処罰されるためであるから、窃盗が立証不十分や責任無能力なら、器物損壊や横領のみ成立する場合がある

【最大判平 15.4.23 刑集 57-4-467】いわゆる二重の横領で後行行為に横領罪を認める

* 偽造通貨知情後行使(§152)と詐欺(§246) → 詐欺罪が前者に吸収される

∵ 期待可能性が少ないため、§152 は軽い法定刑を定めている

* 暴行と接着し、同内容の危害を加える旨の脅迫的言辞

【東京高判平 7.9.26 判時 1560-145】暴行後脅迫的言辞を申し向けても暴行一罪[H7 う 819]

「相手に暴行を加えた後に、引き続き、自己の要求に従わなければなお相手の身体等に同内容の危害を加える旨の氣勢を示した場合には、その脅迫行為は、先の暴行罪によって包括的に評価されて、別個の罪を構成しないものと解するのが相当であるところ、右にみたとおり、多田に対する本件脅迫は、被告人が、多田に加えた本件暴行に引き続き、「男のけじめをつける」と語気鋭く申し向けて、同内容の危害を同人に加える旨の氣勢を示したものと認められるのであるから、本件脅迫は、別個の罪を構成しないもの」（暴行＋脅迫→暴行のみ・確定）

- ・ 混合的包括一罪：数個の犯罪が成立し、異なる罪名にまたがり数個の法益侵害があるが、

具体的妥当性の観点から 1 個の処罰でまかなう場合

【最決昭 61.11.18 刑集 41-77-523】詐欺・窃盗と 2 項強盗を後者で包括一罪

【金沢高支判平 3.7.18 判時 1403-125】事後強盗と暴行(傷害)[H3 う 18]

強盗致傷等：①傷害＋②事後強盗(暴行＋強盗致傷より軽いから)→①②包括し事後強盗(致傷はつかない)：確定
ひったくり後、腕を掴まれたため①引っ張って転倒させ、乗った車の前に立ちふさがったため②車を進行し衝突
転倒させて逃げたもの。被害者は負傷したが、①②のいずれの暴行によるか不明であった。また、①の暴行は反
抗を抑圧する程度に至らなかった。

①の「被告人の暴行というのは、Aを自転車ごと転倒させるという結果を予測する間もない、反射的かつ瞬時的
な行為にとどまり、その加害意思は極めて薄弱であると見られる以上、この段階でのこの程度の第一の暴行が、
事後強盗罪が予定している相手の反抗を抑圧するに足るものに該当しないとした原判決の評価は正当であり、そ
の暴行の時点では事後強盗罪における暴行の実行着手はない」が、②で着手は認められる。

「第一と第二の各暴行は、事後強盗罪の構成要件に該当する程度のものかどうかについてはそれぞれの評価を異
にするが、互いに別個無縁のものでないばかりか、ともに本件窃取行為の直後、被害者からの財物の取還をふせ
ぎかつ逃走を図るため被害者に対して行った一連の犯行であり、暴行の点に限って言えば、逆に両暴行は前後一
体のものとして観察されるのであるから、本件傷害にそれぞれの暴行のどちらがどの程度に寄与したかまでは不
明だとしても、全体的には両暴行を原因としてその傷害が発生したことに間違いがない以上、本件傷害は、不可
分的に一連の両暴行に起因して生じた単純傷害とする限度で認定することができる(原判決のように暴行との因
果関係について擬制的認定をするわけではない。)」と同時に、第二の暴行とのみ結合する事後強盗罪の成立も認
められるのであって、その両者の関係は、暴行途中で強盗の犯意を生じてそのまま暴行を継続し、その一連の暴
行によって相手に傷害を負わせたが、その傷害が、犯意を生じた時期の前後いずれの暴行によったのかが不明で
ある場合とほぼ同視してよいものと考えられ(仙台高判昭和三四年二月二六日・高刑集一二巻二号七七頁参照)、
結局、全体的に観察して、前記のような前後一連の暴行に起因する単純傷害罪と第二の暴行による事後強盗罪と
が混合した包括一罪が成立するものと解され、その処断は重い事後強盗罪の刑に従うべきものとするのが相当」

【東京高判平 7.3.14 判タ 883-284】詐欺の手段でない偽造文書行使[H6 う 124]

「一般的には有印私文書偽造、同行使、詐欺との間には順次手段結果の牽連関係があると認められるが、本件
の事実関係においては、欺罔された日貿信の担当者から秋葉原支店のジェー・イー・シー名義の普通預金口座に約
五〇億円が振込送金され、森本が同普通預金口座から五〇億円を同社名義の通知預金に振り替えた後に同人にお
いて秋葉原支店長名義の質権設定承諾書を偽造してこれを日貿信の担当者である成瀬裕に交付して行使してお
り、詐欺が既遂に達してから偽造質権設定承諾書を行使していることが認められるから、偽造有印私文書行使が
詐欺の手段となっているとはいいい難く、両者を牽連犯とするのは相当でない」通常の行使→詐欺の「場合と偶々
その担当者の事務処理の都合等から偽造質権設定承諾書の交付と振込入金との時間的先後が逆になった本件
のような場合とで罪数処理に関する取扱いを異にすべき合理的な理由を見出し難いことからすると、偽造有印私
文書行使罪と詐欺罪との法益面での関連性が必ずしも強くないことを考慮に入れても、両者は包括一罪として処
断するのが相当」(文書偽造&行使+詐欺→文書偽造&行使≡詐欺：確定)

【東京高判平 19.5.21 東高刑時報 58-1=12-29】強盗致傷の混合的包括一罪[H19 う 187]

ひったくりをしようとしてAを転倒・負傷させたのち、ナイフを示すなどして脅迫し、Aと連れのBから現金
を強取したもの(強盗致傷包括一罪→棄却：確定)

「被告人は、V1からその所有及び所持に係る現金を強取し、さらに、V2からその所有及び所持に係る現金を
強取しているのであって、両名の別個独立の所持に係る財物をそれぞれ強取しているのであるから、原判示のよ
うに、包括してV1に対する強盗致傷罪の一罪のみが成立すると解することはできない。また、被告人がV1か
ら手提げバッグを強取しようとして同女に傷害を負わせた行為は、同女のみに向けられた行為であるから、V1
に対する強盗致傷罪とV2に対する強盗罪が観念的競合の関係に立つものでないことは明らかであるが、他方、
V1からの現金の強取とV2からの現金の強取は、同一の機会に行われた密接に関連するものであり、重要な脅
迫行為であるペティナイフを示すなどした点において実行行為の一部を共通にしているのであるから、所論が主

張するように、V 1 に対する強盗致傷罪とV 2 に対する強盗罪の併合罪が成立すると解することもできない。結局、上記のような事実関係に照らすと、本件においては、V 1 に対する強盗致傷罪とV 2 に対する強盗罪のいわゆる混合的包括一罪が成立する」

【東京地判平 7.1.31 判時 1559-152】 顔面を殴打し眼鏡も破壊し、傷害罪の包括一罪

第2款 数罪の処理

1. 科刑上一罪(§54)：観念的競合(前段)又は牽連犯(後段)

§54-1 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

- ・科刑上の処理：「最も重い刑」の意義

→上限も下限も、それぞれ最も重いものを採用する(多数)

【大判大 3.11.10 刑録 20-2089】最も重い法定刑を定めた規定を適用する(旧判例)

【最判昭 28.4.14 刑集 7-4-850】他の規定の法定刑の下限の刑より軽く処断できない

【最決平 19.12.3 刑集 619-821】罰金刑の任意的併科は、その罪が最も重くなくても適用可

2. 観念的競合の意義と成立要件を理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・観念的競合(一所為数法)：一個の行為が数個の罪名に触れる場合

*「一個の行為」の意義：自然的観察のもとで、社会的見解上一個といえるか

【最大判昭 49.5.29 刑集 28-4-114】「一個の行為」の意義[S47 あ 1896]

「刑法五四条一項前段の規定は、一個の行為が同時に数個の犯罪構成要件に該当して数個の犯罪が競合する場合において、これを処断上の一罪として刑を科する趣旨のものであるところ、右規定にいう一個の行為とは、法的評価をはなれ構成要件の観点を捨象した自然的観察のもとで、行為者の動態が社会的見解上一個のもののとの評価をうける場合をいう」「酒に酔った状態で自動車を運転中に過つて人身事故を発生させた場合についてみるに、もともと自動車を運転する行為は、その形態が、通常、時間的継続と場所的移動とを伴うものであるのに対し、その過程において人身事故を発生させる行為は、運転継続中における一時点一場所における事象であつて、前記の自然的観察からするならば、両者は、酒に酔った状態で運転したことが事故を惹起した過失の内容をなすものかどうかにかかわらず、社会的見解上別個のものと評価すべきであつて、これを一個のものとみることはできない」(酒酔い運転+業過致死→棄却、岡原反対)

*観念的競合の例

- ・公執妨害と傷害(公務中の公務員に暴行を加え傷害した場合)
- ・放火と死体損壊(犯跡隠蔽の目的で放火し死体を損壊した場合)

【最判昭 49.5.29 刑集 28-4-151】無免許運転と酒酔運転(道交法違反)

【最大判昭 51.9.22 刑集 30-8-1640】救護義務違反と報告義務違反(道交法違反)

【最判昭 58.9.29 刑集 36-2-206】覚せい剤取締法違反(輸入罪)と関税法違反(無許可輸入罪)

【最決昭 61.2.3 刑集 40-1-1】有線電気通信妨害罪と偽計業務妨害罪

*併合罪の例

【最判昭 49.5.29 刑集 28-4-114】業過致死と酒酔運転(道交法違反)

【最決平 15.11.4 刑集 57-10-1031】覚せい剤所持(隠匿)と軽犯罪法違反(とび口積み置き)

【最決平 21.10.21 刑集 63-8-1070】淫行させる行為(児福法違反)と児童ポルノ製造行為

【最判平 22.12.20 裁時 1522-7】労基法違反(週単位・1日単位の時間外労働の規制各違反)

3. 牽連犯の意義と成立要件を理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・牽連犯：犯罪若しくは結果である行為が他の罪名に触れる場合

*判断基準：客観説で、抽象的牽連性+具体的牽連性の両方が必要

- ・抽象的牽連性：罪質上通例手段結果の関係があること

・ 具体的牽連性：具体的に犯人が手段結果の関係でその数罪を実行したこと

【最判昭 24.7.12 刑集 3-8-1237】 牽連犯の判断基準[前掲 S24 れ 933]

「刑法五四条に所謂犯罪の手段とは、或犯罪の性質上其手段として普通に用いられる行為をいうのであり、又犯罪の結果とは或犯罪より生ずる当然の結果を指すと解すべきものであるから、牽連犯たるには或犯罪と、手段若くは結果たる犯罪との間に密接な因果関係のある場合でなければならない、従つて犯人が現実犯した二罪がたまたま手段結果の関係にあるだけでは牽連犯とはいいい得ない。そして本件の不法監禁罪と、強姦致傷罪とは、たまたま手段結果の関係にあるが、通常の場合においては、不法監禁罪は通常強姦罪の手段であるとはいえないから、被告人等の犯した不法監禁罪と強姦致傷罪は、牽連犯ではない」

【最大判昭 24.12.24 刑集 3-12-2048】 牽連犯の判断基準[S23 れ 2063]

強盗殺人未遂＋銃砲等所持禁止令違反(匕首所持)→棄却

「牽連犯は元来数罪の成立があるのであるが、法律がこれを処断上一罪として取扱うこととした所以は、その数罪間にその罪質上通例その一方が他方の手段又は結果となるという関係があり、しかも具体的にも犯人がかかる関係においてその数罪を実行したような場合にあつては、これを一罪としてその最も重き罪につき定めた刑を以て処断すれば、それによつて、軽き罪に対する処罰をも充し得るのを通例とするから、犯行目的の単一性を考慮して、もはや数罪としてこれを処断するの必要なきものと認めたことによるものである。従つて数罪が牽連犯となるためには犯人が主観的にその一方を他方の手段又は結果の関係において実行したというだけではならず、その数罪間にその罪質上通例手段結果の関係が存在すべきものたることを必要とするのである。然るに所論銃砲等所持禁止令違反の罪と強盗殺人未遂罪とは、必ずしもその罪質上通常手段又は結果の関係あるべきものとは認め得ないのであるから、たとえ、本件において被告人が所論強盗殺人未遂罪実行の手段として匕首不法所持罪を犯したもののとしても、その一事だけで右両箇の罪を牽連犯とみることはできない」

【最大判昭 44.6.18 刑集 23-7-950】 牽連犯の判断基準[S43 あ 1651]

有印公文書偽造&同行使等：同有罪→破棄差戻し(同行使は訴因の限度では無罪)

偽造と行使の間に別件で確定判決があつたもの。その判決との併合罪処理を主張した

「牽連犯を構成する手段となる犯罪と結果となる犯罪とは、本来数罪として広義の併合罪に包含されるが、科刑上の一罪として罪数上は本来の一罪と同様に取り扱われ、刑法四五条の適用については数罪ではなく一罪であると解することに文理上支障はない。そして、牽連犯はその数罪間に罪質上通例その一方が他方の手段または結果となる関係があり、しかも具体的に犯人がかかる関係においてその数罪を実行した場合（最大判昭 24.12.21）に科刑上とくに一罪として取り扱うこととしたものであるから、牽連犯を構成する手段となる犯罪と結果となる犯罪との中間に別罪の確定裁判が介在する場合においても、なお刑法五四条の適用がある」

＊ 牽連犯となる例

- ・ 住居侵入と窃盗・強盗・強姦・傷害・殺人・放火
- ・ 文書偽造・有価証券偽造と偽造文書行使・偽造有価証券行使
- ・ 偽造文書行使・偽装有価証券行使と詐欺

【最決昭 58.9.27 刑集 37-7-1078】 身代金目的拐取と身代金要求

【最判昭 57.3.16 刑集 36-3-260】 住居侵入と軽犯罪法違反(住居内部のぞき見)[S55 あ 487]

「軽犯罪法一条二三号の罪は、住居、浴場等同号所定の場所の内部をのぞき見る行為を処罰の対象とするものであるところ、圍繞地に囲まれあるいは建物等の内部にある右のような場所をのぞき見るためには、その手段として圍繞地あるいは建物等への侵入行為を伴うのが通常であるから、住居侵入罪と軽犯罪法一条二三号の罪とは罪質上通例手段結果の関係にある」

＊ 併合罪となる例

- ・放火と詐欺（保険金目的の放火）
- ・殺人と死体遺棄
- ・堕胎と殺人（堕胎により排出された人の殺害）
- ・監禁と傷害（監禁行為中の傷害）

【最判昭 24.7.12 刑集 3-8-1237】監禁と強姦致傷

【最判平 17.4.14 刑集 59-3-283】監禁と恐喝

【最決昭 43.9.17 刑集 22-9-8537】逮捕監禁と暴行(暴行目的で監禁した場合)

【最判昭 63.1.29 刑集 42-1-38】監禁と殺人

【最決昭 58.9.27 刑集 37-7-1078】逮捕監禁と身代金目的拐取・身代金要求

「みのしろ金取得の目的で人を拐取した者が、更に被拐取者を監禁し、その間にみのしろ金を要求した場合には、みのしろ金目的拐取罪とみのしろ金要求罪とは牽連犯の關係に、以上の各罪と監禁罪とは併合罪の關係にある」

【最大判昭 24.12.24 刑集 3-12-2048】強盗と銃刀法違反(匕首不法所持)

4. いわゆる「かすがい現象」の意義を理解し、具体的事例に即して説明することができる。

- ・科刑上一罪とならない数罪が、それぞれと科刑上一罪となる罪を解して科刑上一罪になるもの

* 牽連犯によるかすがい現象

【最決昭 29.5.27 刑集 8-5-741】住居侵入 1 個と殺人 2 個はまとめて科刑上一罪

* 観念的競合と包括一罪によるかすがい現象

【最決平 21.7.7 刑集 63-6-507】児ポ提供=わいせつ物販売-同所持=児ポ所持を包括一罪

児童ポルノ提供=わいせつ物販売=わいせつ物販売目的所持=児童ポルノ提供目的所持

訴因変更によって、児童ポルノ所持=わいせつ物販売目的所持を追加したのが違法と主張された

「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律 2 条 3 項にいう児童ポルノを、不特定又は多数の者に提供するとともに、不特定又は多数の者に提供する目的で所持した場合には、児童の権利を擁護しようとする同法の立法趣旨に照らし、同法 7 条 4 項の児童ポルノ提供罪と同条 5 項の同提供目的所持罪とは併合罪の關係にあると解される。しかし、児童ポルノであり、かつ、刑法 175 条のわいせつ物である物を、他のわいせつ物である物も含め、不特定又は多数の者に販売して提供するとともに、不特定又は多数の者に販売して提供する目的で所持したという本件のような場合においては、わいせつ物販売と同販売目的所持が包括して一罪を構成すると認められるところ、その一部であるわいせつ物販売と児童ポルノ提供、同じくわいせつ物販売目的所持と児童ポルノ提供目的所持は、それぞれ社会的、自然的事象としては同一の行為であって観念的競合の關係に立つから、結局以上の全体が一罪となる」

5. 併合罪の意義を理解し、その概要を説明することができる。

- ・併合罪(§45)：確定裁判を経ていない数罪のこと

→別個に処断するのが本来だが、同時に処断しうる(しえた)ならまとめて取り扱う

§45 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

* 科刑の方法

- ・併科主義：すべての刑を科す場合
- ・吸収主義：最も重い刑で処断する場合
- ・加算単一刑主義：加重した処断刑を設定し、その範囲内で一個の刑を科す場合

・総合刑主義：各罪の刑を量定し、総合して一個の刑を科す場合

* 併合罪の処理(§46)

・死刑(§46-1)：吸収主義（例外：没収）

§46-1 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

・無期自由刑(§46-2)：吸収主義（例外：罰金、科料、没収）

§46-2 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

・有期自由刑(§47)：他の有期自由刑とは加算単一刑主義、罰金以下とは併科主義

§47 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

・罰金刑(§48)：死刑を除き、併科主義。罰金どうしは合算(総合刑主義)

§48-1 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

・勾留・科料刑(§53)：死刑・勾留と無期懲役を除き、併科主義

§53-1 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

・没収(§49)：併科主義

§49-1 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

* 他の罪の考慮

・死刑・無期懲役の吸収主義は、その刑によって他の罪も処罰する趣旨

【最決平 19.3.22 刑集 61-2-81】死刑・無期自由刑の選択の事情として他の犯罪事実も考慮可

・併合罪処理(総合刑主義・加算単一刑主義)と併科主義

【最決平 15.7.10 刑集 57-7-903】新潟女性監禁事件[H15 あ 60,88]

未成年者略取＝逮捕監禁致傷＋窃盗：懲役 14 年→懲役 11 年→破棄自判・控訴棄却

「刑法 47 条は、併合罪のうち 2 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、同条が定めるところに従って併合罪を構成する各罪全体に対する統一刑を処断刑として形成し、修正された法定刑ともいべきこの処断刑の範囲内で、併合罪を構成する各罪全体に対する具体的な刑を決することとした規定であり、処断刑の範囲内で具体的な刑を決するに当たり、併合罪の構成単位である各罪についてあらかじめ個別的な量刑判断を行った上これを合算するようなことは、法律上予定されていないものと解するのが相当である。また、同条がいわゆる併科主義による過酷な結果の回避という趣旨を内包した規定であることは明らかであるが、そうした観点から問題となるのは、法によって形成される制度としての刑の枠、特にその上限であると考えられる。同条が、更に不文の法規範として、併合罪を構成する各罪についてあらかじめ個別的に刑を量定することを前提に、その個別的な刑の量定に関して一定の制約を課していると解するのは、相当でない」「これを本件に即してみれば、刑法 45 条前段の併合罪の関係にある第 1 審判決の判示第 1 の罪（未成年者略取罪と逮捕監禁致傷罪が観念的競合の関係にあって後者の刑で処断されるもの）と同第 2 の罪（窃盗罪）について、同法 47 条に従って併合罪加重を

行った場合には, 同第 1, 第 2 の両罪全体に対する処断刑の範囲は, 懲役 3 月以上 1 5 年以下となるのであって, 量刑の当否という問題を別にすれば, 上記の処断刑の範囲内で刑を決するについて, 法律上特段の制約は存しないものというべきである」

- ・未決拘留日数の参入 (§21)

【最決平 18.8.30 刑集 60-6-457】 勾留されなかった別件の罰金に未決拘留日数を参入できる

第8章 刑法の適用範囲

第1節 刑法の時間的適用範囲

1. 犯罪時の意義を理解し、その概要を説明することができる。
2. 犯罪後の刑の廃止・刑の変更の意義を理解し、その概要を説明することができる。

- ・ 刑の変更(§6)：政策的に刑を軽く変更した場合の事後法を認めたもの

§6 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

＊新法・旧法の区別：施行時期による

＊犯罪後：実行行為の終了後

- ・ 継続犯で実行行為中に新法施行：新法が適用される

→営業犯や包括一罪も同様に解すべき

- ・ 科刑上一罪：区別して処理できる限りはそうすべき ∴もともと数罪

【大判明 44.6.23 刑録 17-1311】牽連犯の全犯罪につき新法を適用する

【最判昭 31.12.26 刑集 10-12-1746】原則別扱い[S29 あ 1400]

麻薬取締法違反(常習使用：原審は施行期日前後で一罪)→上告棄却(不利益変更禁止)

「施行期日の前後にまたがる行為が不可分の関係にあつて一罪と認められる場合でない限り、これをその前後によつて区分し、それぞれ行為時法に従つて法律上の処遇を判断すべきものと解する」(原審は誤りだが、分けると併合罪が増えるので不利益変更禁止原則により上告棄却)

- ・ 共犯：行為時に存在した旧法を適用すべき ← 共犯行為実行時ではないか？

【東京高判昭 28.6.26 高刑集 6-10-1274】教唆犯につき旧法適用

【大阪高判昭 43.3.12 高刑集 21-2-126】幫助犯につき旧法適用

- ・ 刑の廃止(刑訴 337:2)：免訴事由となるが、他の刑罰法規が適用される場合は「刑の変更」

→その行為を処罰する必要がなくなり、根拠法例が廃止された場合などがあたる

【最判平 8.11.28 判タ 925-179】尊属傷害致死罪廃止につき、「刑の変更」と扱う

第2節 刑法の場所的適用範囲

1. 国内犯の意義を理解し、具体的事例に即して説明することができる。

・場所的適用範囲

* 原則：国内犯(§1-1)：日本国内における犯罪はすべて刑法が適用される

・ 日本船舶(日本国民所有のもの)・日本航空機(航空法で日本籍のあるもの)も国内犯(§1-2)

【最決昭 58.10.26 刑集 37-8-1228】日本船籍がなくても日本国民所有なら日本船舶

* 「日本国内において」の意義

・ 構成要件に該当する(実行)行為と結果の一部でも国内で生ずれば足りる

・ 共犯の場合、自身は国外で行為をしただけでも国内犯。共謀のみ国内の場合も国内犯

【最決平 6.12.9 刑集 48-8-576】日本への覚せい剤密輸入を台湾で幫助した者も§1-1 該当

* 例外：国外犯処罰(§2～§4/2)

2. 国外犯処罰の趣旨を理解し、その概要を説明することができる。

・国外犯処罰

* 保護主義(§2)：内乱など、自国(民)の重要な法益を侵害する犯罪

・ 日本国民に対する国外での外国人による犯罪(§3/2)：殺人などの一般的で重大な犯罪

* 属人主義

・ 日本人の国外犯(§3)：殺人などの重い犯罪を国外でした日本人を罰するもの

・ 公務員の国外犯(§4)：収賄等の公務員犯罪を国外でした日本の公務員を罰するもの

* 世界主義：誰がどこで犯し、自国に関係するかに関わらず、刑法を適用するもの

→§4/2 の条約による国外犯＝外交官殺害や人質強要行為など

3. 刑法の人的効力の例外

・ 天皇、国会議員の院内活動(憲 51) ← 刑法は適用されるが、人的処罰阻却事由があるもの

・ 外国元首、外交官、使節とその家族

・ 承認を得て日本領土内にある外国軍隊・軍艦

【東京高判平 17.3.23 判タ 1189-152】外国大使館の日本人事務職員に刑法適用(業過致傷)

第2編 各則

第1章 生命・身体に対する罪

第1節 殺人罪

1. 人の始期及び終期の意義について理解し、その概要を説明することができる。
2. 自殺関与罪及び同意殺人罪の処罰根拠について理解し、その概要を説明することができる。
3. 殺人罪と自殺関与罪・同意殺人罪の区別について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

第2節 暴行罪・傷害罪

1. 暴行の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
2. 傷害の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
3. 暴行罪と傷害罪の関係について理解し、その概要を説明することができる。

【最判昭 25.11.9 刑集 4-11-2239】傷害罪は暴行罪の結果的加重犯[S25 1196]

「傷害罪は結果犯であるから、その成立には傷害の原因たる暴行についての意思が存すれば足り、特に傷害の意思の存在を必要としないのである」(暴行被害者が逃亡中につまずいて負傷したもの。傷害：有罪→棄却)

- 4.
5. 同意傷害の可罰性の有無について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
6. 同時傷害の特例の趣旨について理解し、その適用要件及び適用範囲を説明することができる。

第3節 危険運転致死傷罪

1. 危険運転致死傷罪の罪質について理解し、その概要を説明することができる。
2. 危険運転致死傷罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。

第4節 凶器準備集合罪

1. 凶器準備集合罪・結集罪の罪質について理解し、その概要を説明することができる。
2. 凶器準備集合罪・結集罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。

第5節 過失致死傷罪

1. 業務上過失の意義について理解し、その概要を説明することができる。
2. 重過失の意義について理解し、その概要を説明することができる。
3. 自動車運転過失の意義について理解し、その概要を説明することができる。

第6節 堕胎罪

1. 堕胎の罪の諸規定と母体保護法等の違法性阻却事由について理解し、その概要を説明することができる。
2. 堕胎の意義について理解し、その概要を説明することができる。
3. 胎児性致死傷の意義について理解し、その概要を説明することができる。

第7節 遺棄罪

1. 遺棄罪の保護法益・罪質について理解し、その概要を説明することができる。
2. 遺棄罪の客体について理解し、その概要を説明することができる。
3. 遺棄及び不保護の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

4. 保護責任者遺棄罪における「保護する責任のある者」の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

第2章 自由に対する罪

第1節 脅迫罪・強要罪

1. 脅迫罪及び強要罪の保護法益について理解し、その概要を説明することができる。
2. 脅迫罪の成立要件について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
3. 強要罪の成立要件について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

第2節 逮捕・監禁罪

1. 逮捕・監禁罪の保護法益・罪質について理解し、その概要を説明することができる。
2. 逮捕・監禁の意義について理解し、その概要を説明することができる。

第3節 略取・誘拐・人身売買罪

1. 略取・誘拐・人身売買罪の諸規定について理解し、その概要を説明することができる。
2. 略取・誘拐の意義について理解し、その概要を説明することができる。
3. 未成年者略取・誘拐罪の保護法益について理解し、その概要を説明することができる。
4. 身の代金目的拐取罪の「安否を憂慮する者」の意義について理解し、その概要を説明することができる。

第4節 性的自由に対する罪

1. 強制わいせつ罪及び強姦罪の保護法益と成立要件について理解し、その概要を説明することができる。
2. 強制わいせつ等致死傷罪の成立要件として、死傷結果がどのような行為から生じたことが必要かについて理解し、具体的事例に即して説明することができる。

第3章 住居侵入罪

1. 住居侵入罪の保護法益・罪質について理解し、その概要を説明することができる。
2. 侵入の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
3. 住居侵入罪の客体について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
4. 違法目的を秘して立ち入った場合における住居侵入罪の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

第4章 秘密・名誉に対する罪

第1節 秘密に対する罪

1. 信書開封罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。
2. 秘密漏示罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。

第2節 名誉に対する罪

1. 「名誉」の意義について理解し、その概要を説明することができる。
2. 名誉毀損罪の成立要件について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
3. 公共の利害に関する場合の特例規定の法的性格と要件について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

4. 「公共の利害に関する事実」を真実であると誤信した場合の刑事責任について説明することができる。
5. 侮辱罪の保護法益・成立要件について理解し、その概要を説明することができる。

第5章 信用・業務に対する罪

1. 信用毀損罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。
2. 業務妨害罪における業務の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
3. 公務に対する業務妨害罪の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
4. 偽計・威力及び「妨害した」の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
5. 電子計算機損壊等業務妨害罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。

第6章 財産に対する罪

第1節 財産犯総論

1. 個別財産に対する罪と全体財産に対する罪、領得罪と毀棄罪、移転（奪取）罪と非移転（非奪取）罪、盗取罪と交付罪の区別など、財産犯の体系について理解し、その概要を説明することができる。
2. 財物の意義に関し、有体性の要否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
3. 人の身体やその一部、死体・埋葬物が財産犯の対象となりうるかについて理解し、その概要を説明することができる。
4. 財物の意義に関し、財産的価値について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

第2節 窃盗罪

1. 窃盗罪の保護法益に関する主要な見解を理解し、具体的事例に即して説明することができる。
2. 刑法における占有（所持）の意義について理解し、その有無を具体的事例に即して説明することができる。
3. 複数の者が物の支配に関与している場合における占有の帰属について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
4. 人の死亡後に財物奪取意思を生じて財物を奪取した場合における窃盗罪の成否について理解し、その概要を説明することができる。
5. 窃盗罪における窃取の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
6. 窃盗罪における不法領得の意思のうち権利者排除意思の要否及び意義・内容について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
7. 窃盗罪における不法領得の意思のうち利用処分意思の要否及び意義・内容について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
8. 窃盗罪の既遂時期について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
9. 不動産侵奪罪における占有及び侵奪の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
10. 親族間の犯罪に関する特例の趣旨・適用要件について理解し、その概要を説明することができる。

第3節 強盗罪

1. 強盗の罪の諸規定について理解し、その概要を説明することができる。
2. 強盗の手段である暴行・脅迫の意義・内容について理解し、その概要を説明することができる。
3. 強盗罪における強取の要件について理解し、その概要を説明することができる。
4. いわゆるひったくりの場合における強盗罪の成否について理解し、その概要を説明することができる。
5. 強盗既遂罪の成立要件として相手方の反抗が現実には抑圧されたことが必要となるかについて理解し、その概要を説明することができる。
6. 暴行・脅迫により相手方の反抗を抑圧した後に財物奪取意思を生じ、その意思を実現した場合における強盗罪の成否について理解し、その概要を説明することができる。
7. 強盗利得罪における利得の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
8. 違法な債務を免れるために暴行・脅迫を加えた場合における強盗利得罪の成否について理解し、その概要を説明することができる。
9. 事後強盗罪の成立要件について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
10. 窃盗の後になされた暴行・脅迫のみに情を知って関与した第三者の刑事責任について理解し、その概要を説明することができる。
11. 刑法 240 条の罪の成立に関して、死傷の結果に故意が及んでいる場合を含むか、それがどのような行為から生じたことが必要かについて理解し、その概要を説明することができる。
12. 刑法 240 条の罪の未遂が成立する場合について理解し、その概要を説明することができる。
13. 強盗予備の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。

第4節 詐欺罪

1. 国家・地方公共団体を相手方とする詐欺罪の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
2. 人を欺く行為の要件について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
3. 積極的に虚偽の事実を告げずに取引を行う場合における詐欺罪の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
4. 詐欺罪における交付行為(処分行為)の要件について理解し、その概要を説明することができる。
5. 欺かれた者が処分する利益の内容を具体的に認識していない場合における詐欺罪の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
6. 欺かれて財物を交付する被害者の行為が不法原因給付にあたる場合の詐欺罪の成否について理解し、その概要を説明することができる。
7. 欺かれた者が相当対価物を得て財物を交付した場合における詐欺罪の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
8. 欺いて証明書その他の文書を不正に取得した場合における詐欺罪の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
9. 詐欺利得罪における利得の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

10. いわゆる三角詐欺の場合における詐欺罪の成立要件について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
11. 電子計算機使用詐欺罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。

第5節 恐喝罪

1. 恐喝罪の手段としての恐喝の意義・内容について理解し、その概要を説明することができる。
2. 恐喝罪における交付行為の要件について理解し、その概要を説明することができる。
3. 権利行使の手段として人を恐喝し、又は欺いた場合における恐喝罪・詐欺罪の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

第6節 横領罪

1. 横領罪の保護法益について理解し、その概要を説明することができる。
2. 横領罪における占有の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
3. 横領罪（遺失物等横領罪を除く）の成立要件である委託（信任）関係の意義について理解し、その概要を説明することができる。
4. 横領罪における「他人の物」の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
5. 委託された金銭が「他人の物」にあたるのはどのような場合かについて理解し、その概要を説明することができる。
6. 物の委託が不法原因給付にあたる場合における横領罪の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
7. 横領罪における「横領」の意義に関する主要な見解について理解し、その概要を説明することができる。
8. 横領罪における不法領得の意思の意義・内容について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
9. 物の二重売買への関与者の罪責について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
10. 業務上横領罪の刑の加重根拠及び同罪における業務の意義について理解し、その概要を説明することができる。
11. 業務上横領罪に非身分者（非占有者）が関与した場合の取扱いについて理解し、その概要を説明することができる。

第7節 背任罪

1. 背任罪の本質について理解し、その概要を説明することができる。
2. 「他人のためにその事務を処理する者」（事務処理者）の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
3. 任務違背行為の意義について理解し、その概要を説明することができる。
4. 図利加害目的の意義・内容について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
5. 背任罪の成立要件である財産上の損害の意義・内容について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
6. 横領罪と背任罪との区別に関する主要な見解について理解し、その概要を説明することができる。

第8節 盗品等に関する罪

1. 盗品等に関する罪（盗品等関与罪）の本質について理解し、その概要を説明することができる。
2. 本犯者あるいは本犯の共犯者に盗品等関与罪が成立するかについて理解し、その概要を説明することができる。
3. 盗品等の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
4. 盗品等への関与の諸形態（無償譲受け・運搬・保管・有償譲受け・有償処分あつせん）について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
5. 盗品等を本犯の被害者の下に戻す行為が盗品等関与罪を構成するかについて理解し、その概要を説明することができる。
6. 親族等の間の犯罪に関する特例の趣旨・適用要件について理解し、その概要を説明することができる。

第9節 毀棄・隠匿罪

1. 毀棄・損壊の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
2. 公用文書の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
3. 建造物の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
4. 建造物の他人性の意義について理解し、その概要を説明することができる。
5. 建造物に対するビラ貼り・落書き行為が建造物損壊罪を構成するかについて理解し、具体的事例に即して説明することができる。

第7章 公共の安全に対する罪

第1節 総説

1. 公共危険罪として、どのような犯罪類型があるかを理解し、その概要を説明することができる。

第2節 騒乱罪

1. 騒乱罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。

第3節 放火罪・失火罪

1. 放火罪の諸規定について理解し、その概要を説明することができる。
2. 建造物の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
3. 建造物の現住性・現在性の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
4. 建造物の一個性の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
5. 「焼損」の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
6. 放火罪における公共の危険の意義・内容について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
7. 公共の危険の認識の要否について理解し、その概要を説明することができる。
8. 業務上失火罪における業務の意義について理解し、その概要を説明することができる。

第4節 往来妨害罪

1. 往来を妨害する罪の諸規定について理解し、その概要を説明することができる。
2. 往来妨害罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。

3. 往来危険罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。

第8章 偽造罪

第1節 通貨偽造罪

1. 通貨偽造の罪の保護法益及び諸規定について理解し、その概要を説明することができる。
2. 通貨偽造罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。
3. 偽造通貨行使罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。

第2節 文書偽造罪

第1款 総説

1. 文書偽造罪の保護法益について理解し、その概要を説明することができる。
2. 「文書」の意義について理解し、具体的な事例に即して説明することができる。
3. 写真コピーが「文書」に該当するかについて理解し、その概要を説明することができる。
4. 「偽造」の意義について理解し、作成者・名義人の概念について説明することができる。
5. 「行使」の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
6. 公文書と私文書、有印文書と無印文書の区別について理解し、その概要を説明することができる。

第2款 公文書偽造罪

1. 公文書の作成を補助する公務員が、作成権限者の決裁を受けずに文書を作成した場合における公文書偽造罪の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
2. 虚偽公文書作成罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。
3. 公正証書原本不実記載罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。
4. 作成権限のある公務員を欺いて虚偽の文書を作成させた場合における犯罪の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

第3款 私文書偽造罪

1. 代理権を有しない者が代理名義の文書を作成した場合における私文書偽造罪の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
2. 名義人の承諾を得て、同人の名義で文書を作成した場合における私文書偽造罪の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
3. 本名以外を使用して文書を作成した場合における私文書偽造罪の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
4. 肩書・資格を冒用して文書を作成した場合における私文書偽造罪の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

第4款 電磁的記録不正作出罪

1. 電磁的記録不正作出罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。
2. 不正作出電磁的記録供用罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。

第3節 有価証券偽造罪等

1. 有価証券の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
2. 有価証券作成の一般的権限を有する者が不正に有価証券を作成した場合における有価証券偽造

罪の成否について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

3. 支払用カード電磁的記録に関する罪の諸規定について理解し、その概要を説明することができる。

第9章 風俗に対する罪

第1節 わいせつの罪

1. 公然わいせつ罪・わいせつ物頒布等罪の保護法益について理解し、その概要を説明することができる。
2. 公然わいせつ罪・わいせつ物頒布等罪におけるわいせつの意義について理解し、その概要を説明することができる。
3. 公然わいせつ罪における公然性の意義について理解し、その概要を説明することができる。
4. わいせつ物頒布等罪における頒布、販売、公然陳列、販売目的所持の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

第2節 賭博及び富くじに関する罪

1. 賭博及び富くじに関する罪の諸規定について理解し、その概要を説明することができる。

第3節 礼拝所及び墳墓に関する罪

1. 死体損壊等の罪の保護法益及び成立要件について理解し、その概要を説明することができる。

第10章 内乱・外患・国交に関する罪

1. 内乱・外患・国交に関する罪にはどのようなものがあるかについて理解し、その概要を説明することができる。

第11章 国家の作用に対する罪

第1節 公務の執行に対する罪

1. 公務執行妨害罪の成立要件、とくに職務の範囲及びその適法性、「執行するに当たり」、暴行・脅迫の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
2. 封印等破棄罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。
3. 強制執行妨害罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。
4. 競売等妨害罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。

第2節 司法作用に対する罪

1. 逃走の罪の諸規定について理解し、それらの成立要件の概要を説明することができる。
2. 犯人蔵匿罪・犯人隠避罪の成立要件、とくに「罪を犯した者」、蔵匿・隠避の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
3. 証拠隠滅罪の成立要件、とくに「他人の刑事事件に関する証拠」、隠滅・偽造等の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
4. 犯人蔵匿・隠避又は自己の刑事事件に関する証拠の隠滅の犯人による教唆の法的評価について理解し、その概要を説明することができる。
5. 証人等威迫罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。
6. 偽証罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。
7. 虚偽告訴罪の成立要件について理解し、その概要を説明することができる。

第3節 職権濫用罪

1. 公務員職権濫用罪の成立要件について理解し、具体的事例に即して説明することができる。

第4節 賄賂の罪

1. 賄賂罪の保護法益について理解し、その概要を説明することができる。
2. 賄賂罪における「職務に関し」の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
3. 賄賂罪における賄賂の意義について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
4. 賄賂の罪の諸規定について理解し、それらの成立要件の概要を説明することができる。
5. 賄賂の没収・追徴について理解し、具体的事例に即して説明することができる。
- 6.
- 7.
- 8.
9. あ