

2019年度導入教育用資料（2020年1月11日）

南山大学法務研究科

刑法 I 講義案(2020年度)

末道康之

I 授業の概要

- ① 講義科目名 刑法 4単位
- ② 担当者名 末道康之
- ③ 授業内容の概要

法学部出身者以外の学生を対象として、刑法総論・各論の内容を融合した形で、刑法の重要論点について講義形式で授業を進める。刑法総論・各論を一体化させ、受講者の予習を前提に、各論点についての判例・学説の分析を通して、刑事司法実務を踏まえて妥当する刑法解釈論のあり方を習得することを目的とする。なるべく一方的な講義を避けるために、授業内容に関連する事例問題等を提示し、受講者に考えさせ解答を求めながら、理解の深化を図るようにしたい。

④ 到達目標

本講義は基本的には法学部出身者以外の学生を対象とした刑法の講義であるので、既に刑法を履修している学生と同程度のレベルにまで刑法の基本的論点について理解を深めることができるようにすることが本講義の目標である。なお、到達目標については、共通の到達目標モデル（第2次修正案）に準拠して授業を進める。

まず、刑法の体系的理解を前提として、実務との関連を重視しつつ、刑法解釈学の方法論を理解することが重要である。刑法総論・各論を4単位でカバーするためには効率的に授業を進める必要があるので、学生にも事前に十分な予習をして授業に望むことが求められる。重要判例・学説を理解し、具体的事例の解決について、柔軟に対応する能力を習得することが重要である。

⑤ 成績評価の基準

論述試験と授業における評価等を総合的に判断する。基本的には、定期試験は6割、中間試験等4割の評価で行なう。

- ⑥ 教科書 事前に刑法I教材を配付する。基本的には、刑法総論については、井田良『講義刑法学・総論（第2版）』（有斐閣・2018）を教科書とする。その他、大谷実『刑法講義総論（第5版）』（成文堂・2019）、山口厚『刑法総論（第3版）』（有斐閣・2015）、高橋則夫『刑法総論（第4版）』（成文堂・2018）等最新版を利用してもよい。これまで刑法を全く履修したことのない学生には、井田良『入門刑法学・総論（第2版）』（有斐閣・2018）『入門刑法学・各論（第2版）』（有斐閣・2018）または裁判所職員総合研修所監修『刑法講義総論（4訂版）』（司法協会・2016・比較的わかりやすい実務家の立場からの体系書）等を一読されることを薦める。刑法各論の教科書としては、行為無価値論に立つ体系書としては、井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣・2016）、大谷実『刑法講義各論（新版第5版補訂版）』（成文堂・2019）、佐久間修『刑法各論（第2版）』（成文堂・2012）、高橋則夫『刑法各論（第3版）』（成文堂・2018）、結果無価値論に立つ体系書としては西田典之『刑法各論（第7版・橋爪隆補訂版）』（弘文堂・2018）、山口厚『刑法各論（第2版）』（有斐閣・2010）等がある。判例百選刑法I総論（第7版）・II各論（第7版）（有斐閣・2014）

- ⑦ 参考書 幕田英雄『捜査実例中心 刑法総論解説（第2版）』（東京法令出版・2015）、大塚仁・佐藤文哉編『新実例刑法[総論]』（青林書院・2001）、池田修・杉田宗久編『新実例刑法[総論]』（青林書院・2014）、『池田修・金山薫編『新実例刑法[各論]』（青林書院・2011）、福田平『全訂刑法総論』（第5版・2012）、前田雅英『刑法総論講義（第7版）』（東大出版会・2019）・『刑法各論講義（第6版）』（東大出版会・2015）。なお、法務総合研修所編『刑法演習問題』を必要に応じて配付する。

【目次】

第1部 刑法総論

1. 刑法の基礎理論と刑事法の全体構造

【構成要件該当性】

2. 不作為犯論

3. 因果関係論

4. 故意論

5. 事実の錯誤論

6. 違法性の意識と違法性の錯誤

7. 過失犯論

【違法論・違法性阻却事由】

8. 正当防衛

9. 緊急避難

10. 正当行為と被害者の承諾

【責任論・責任阻却事由】

11. 責任論

【構成要件の修正 未遂論・共犯論】

12. 未遂犯論

13. 正犯と共犯

14. 共同正犯

15. 共犯と身分

16. 共犯の諸問題

【罪数論 刑罰論】

17. 罪数論と刑罰論

第2部 刑法各論

【個人的法益に対する罪】

18. 生命身体に対する罪

19. 自由に対する罪

20. 性的自由に対する罪

21. 名誉毀損罪と信用業務に対する罪

22. 財産犯総論

23. 窃盗罪・強盗罪

24. 詐欺罪・恐喝罪

25. 横領罪・背任罪

【社会的法益に対する罪】

26. 公共の安全に対する罪

風俗に対する罪

27. 偽造罪1

28. 偽造罪2

【国家的法益に対する罪】

29. 国家的法益に対する罪1

30. 国家的法益に対する罪2

1 刑法の基礎理論と刑事法の全体構造 犯罪論の基礎理論について説明し、犯罪論の基礎にある結果無価値論と行為無価値論の対立について検討する。
<井田・総論第1章～第5章参照>

第1章 刑法の基礎理論

I 刑法の基礎理論

1 刑法の存在意義

・規範としての刑法 行為規範と裁判規範⇒行為無価値論は刑法の行為規範性を、結果無価値論は刑法の裁判規範性を重視する見解である。

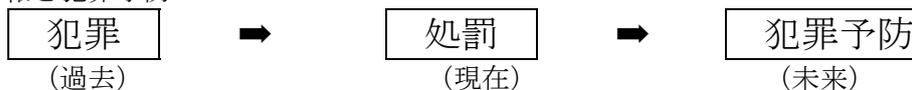
・刑法の存在理由は、本質的には法益を保護することであり、将来の法益侵害またはその危険を防止するために刑罰を科することによって犯罪を予防することにある。

刑法は社会倫理秩序維持のためにあるとする見解も一方で有力に主張されているが（従来の行為無価値論はこの点を重視していたし、実務的には社会倫理秩序の維持という観点も現在でも重視されていると思われる。この点については、大谷・総論、刑法総論講義案三訂版等を参照）、本質的には刑法は法益を保護するためにあると考えるべきとするのが現在の多数説であろう。このような見解の背景には、刑法と道徳は区別されなければならないとする思想がある（従来の行為無価値論[例えば、団藤・大塚説等]が結果無価値論者から批判された点は、まさに行為の反倫理性・反道徳性を行為無価値の本質と考えていたことにある。ただ、現在でも、道徳的・倫理的価値を刑罰的評価から排除できないとの主張は有力である[例えば、大谷]）。伝統的には刑罰規範の根底には道徳規範があるとする見解(団藤)が有力であった。

刑法と道徳が区別されなければならない、刑法の任務が法益の保護にあるからといって、刑法の一般予防機能を無視することは妥当ではなく(結果無価値論の問題点は刑法の一般予防機能を無視する点にある)、刑法は国民一般に対して何をして良いのか悪いのかを提示する行為規範として存在する。行為規範を手段とする一般予防が刑法の存在理由であるとする見解を規範的一般予防論といい、最近の行為無価値論はこの立場に基づいている（井田・総論 81 頁）。

・刑法の機能

応報と犯罪予防



〔犯罪の予防〕

過去の事象として犯罪が起きた場合、それを取り返すことはできず、その犯罪に対して現在の時点で刑罰的な処罰を加える。刑法の機能としては、刑罰を通して、人に罪を犯さないように働きかける、すなわち、未来に向けて犯罪を予防するということである。

〔応報としての刑罰〕

しかし、刑罰は犯罪の実行を前提として、それに対する反作用として科される法的制裁であり、過去になされた不正（犯罪）が刑罰を科することの前提となり、ここから刑罰が応報としての性格を有することになる。応報刑とは、犯罪への非難に対応した刑であり、応報刑とは責任に応じた刑のことを意味する。⇒第17回・刑罰論を参照

刑法の本質的機能とは、人の行為意思への働きかけによる行為統制
応報を通じての予防

2 刑法の基本原則

【到達目標】

罪刑法定主義

- 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。
- 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。
- 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。
- 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。

罪刑法定主義—意義と派生的原理

<意義>刑法を支配する大原則(憲法 31 条)

犯罪と刑罰の内容が前もって定まっていることにより、国民に行動の自由を保障するための必要不可欠の条件

法律主義の原則—犯罪と刑罰は法律により規定される。但し、条例が規定した刑罰法規による処罰は憲法違反ではない(通説・判例 地方自治法 14 条 3 項参照)。憲法 73 条 6 号但書は、行政府たる内閣が、法律の規定を実施するための政令を制定するに際して、「特にその**法律の委任**がある場合」には罰則を設けることができることを規定している（その他、国家行政組織法 12 条 3 項は「省令には、法律の委任がなければ、罰則を設け、又は義務を課し、若しくは国民の権利を制限する規定を設けることができない。」と規定する）。したがって、法律が特に委任した場合には、政令（省令）に罰則を設けることができる。罰則とは、犯罪構成要件及び刑罰の一方または双方を意味する(判例・通説)。法律の「委任」は、包括的委任であってはならず、具体的・個別的委任でなければならない。したがって、委任の範囲を超えて罰則を設けた場合、委任事項が包括的な場合には、罪刑法定主義（成文法主義）に違反する。

なお、**白地刑罰法規**とは、法律で処罰の対象となる行為の枠を一応定めただで、その細目を下位法令に完全に委任するものをいうが、中立命令違反罪（94 条）がその例であり、この規定については、罪刑法定主義の観点から問題が指摘されている。

<派生的原理>

【法律主義の原理から導かれる原則】

慣習刑法の禁止 ← 成文法主義

遡及処罰の禁止(憲法 39 条・但し、刑法 6 条(犯罪後＝実行行為終了後)・刑の変更の例外 ⇒6 条にいう「刑」の変更とは、主刑のみならず付加刑（没収の範囲、要件、追徴、労役場留置に関する変更）を含む。ただし、刑の時効、公訴時効、親告罪か非親告罪かの変更はこれに含まれない。判例では、刑の執行猶予の条件変更については、特定の犯罪の刑の種類または量を変更するものではないとして、刑の変更には当たらないとする（**刑の一部執行猶予規定の新設は刑の変更に当たらないとした最決平成 28・7・27 を参照**）が、学説では、刑の変更にあたるとする。

犯罪時(行為時)法の適用が原則（刑法の行為規範性を重視する立場からは、行為時法主義がとられ、裁判規範性を重視する立場からは裁判時法主義がとられることになる）。犯罪時には有効な規定が裁判時までには廃止されたときには、その行為を処罰できない(刑訴法 337 条 2 号により免訴の判決が言い渡される)。廃止法や新法に経過規定がおかれている場合には処罰も可能。新旧両法に刑の軽重がない場合、形式的に新旧いずれの法律を適用すべきかについては、判例は行為時法とする(大判昭和 9・1・31 刑集 13・28)。防御の機会

が害されない限り被告人の不利益にはならないので新法を適用することは可能である。なお、大阪高判平成19・2・14判例タイムズ1232・349は、行為時以降、裁判時までの間に罰則の改正が施行されたが、罰則の内容が変更されておらず、経過規定がおかれていない場合においては、新法の規定を適用すべきであるとして、新法適用説（裁判時法主義）を採用した。

科刑上一罪について、旧法時に行われたものについては新旧両法のうち軽いものを適用し、新法時に行われたものについては新法を適用し、その後、54条により処断する。

なお、**犯罪後、裁判までの間に数回にわたって刑の変更があったときは、その中で最も軽いものを適用する(通説)**。適用するとは軽い刑が定められた法律を適用し、刑名も適用される法律による。刑の軽重は**刑法10条の規定**による。刑期が同じ場合、軽い選択刑が定められていれば選択刑が定められているほうが軽い。罰金刑の併科規定があればこれがあるほうが重い。懲役刑と罰金刑が選択刑として定められている罪について、新法によりさらに禁錮刑が定められたときは、新法が軽い。

限時法(一定期間を限って発せられる法律)の理論⇒刑法6条の例外、すなわち、廃止前に行われた行為について、経過措置が設けられていないときでも、廃止後に追及効を認めて処罰すべきであるという見解が主張されたが、しかし、最近では明文の根拠なしに（経過措置を置いて可罰性を明記することなく）6条の例外を認めることについては、罪刑法定主義に抵触する恐れもあり、限時法の理論は否定すべきと考えるのが現在の通説。処罰の必要性があれば、罰則の適用について「なお、従前の例による」との条項を設ければ足りる。

尊属加重規定の削除⇒最判平成8・11・28刑集50・10・827では、尊属傷害致死の事案について尊属加重規定の削除を刑の変更と解すべきことを明らかにした。

判決後に刑の廃止または変更があった場合、控訴審及び上告審の破棄事由となる。

判例の遡及的変更⇒判例では、判例の不利益変更を認め、憲法39条違反ではないとする（最判平成8・11・18刑集50・10・745）。学説では、判例の不利益変更に遡及処罰禁止の原則が及ぶとし、最高裁が従来であれば不可罰または軽い罪とされる行為を可罰的または重い罪にする場合には、判例変更を将来にわたって宣言し、当該事案は従来判例に従って判決すべきとする見解（判例の不遡及的変更）も有力に主張されている。なお、訴訟法規定の変更（例えば、公訴時効の遡及的変更）と不利益変更については、判例は否定的な立場をとる。

絶対的不確定刑の禁止⇒自由刑について具体的な刑罰を定めない宣告刑を言い渡すことはできない。なお、相対的不定期刑については、少年法52条を参照。

類推解釈の禁止

・類推とは。類推解釈と拡張解釈の限界。被告人に有利な類推解釈は認められる。

(1) 鳥獣保護法違反事件(最判平成8・2・8刑集33巻5号494頁)⇒狩猟鳥獣であるマガモを捕獲しようとして射かけたが、失敗した場合、「弓矢を使用する方法によって捕獲した」に該当するかが問題となったが、最高裁は捕獲行為説に立って、鳥獣保護法違反を認めた。現実捕獲説をとらず、捕獲行為説をとることは、捕獲という言葉の可能な意味の範囲内の解釈といえるか。なお、新法では、狩猟とは、「狩猟鳥獣等の捕獲等をする事」と定義し、捕獲については未遂処罰規定をおいていることから、上記の問題はなくなった。

(2) サイバーポルノとわいせつ物公然陳列罪の成否(最三判平成13・7・16刑集55巻5号317頁)

その他の代表的な判例

電気窃盗事件（電気は財物か？有体物説に立つか、管理可能性説に立つか。）、ガソリンカー事件（大判昭和 15・8・22：ガソリンカーは、過失往来危険罪の「汽車」にあたるかが問題となり、汽車とは軌道上を走行する列車であれば、ガソリンカーもこれに該当すると解することは可能である。）、コピーの文書性（⇒文書偽造罪）、テレホンカードの有価証券性（最決平成 3・4・5・刑集 45 卷 4 号 171 頁⇒その他の偽造罪参照。なお、この判例は支払用電磁的記録に関する罪の新設によって意義を失った。）

【新しい内容】

刑罰法規明確性の原則＝刑罰法規は明確でなければ「不意打ち処罰」になりかねないので、国民の自由を守るためには、刑罰法規は明確でなければならない。

徳島市公安条例事件判決（最判昭和 50・9・10）、福岡県保護育成条例事件（最大判昭和 60・10・23）⇒通常判断能力を有する一般人の理解を前提、ストーカー行為の処罰の合憲性⇒最判平成 15・12・11 刑集 57・11・1147、最決平成 10・7・10 刑集 52・5・297（食品衛生法違反事件・アブラソコムツ事件）、最決平成 17・11・25 刑集 59・9・1819、最判平成 19・9・18 刑集 61・6・601（広島市暴走族追放条例違反事件）、最決平成 20・11・10 刑集 62・10・2853（北海道迷惑防止条例違反事件）、最決平成 20・7・17 判時 2050・156（世田谷清掃・リサイクル条例違反事件）

最高裁は、規定がある程度不明確であっても直ちに規定を違憲無効とせず趣旨を限定的に解釈できる場合にその解釈を条件として合憲判断をする場合が多い。通常判断能力を有する一般人の理解において、具体的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取れるかどうかによって決定される（最大判昭和 50・9・10）。

刑罰法規の内容適正の原則⇒罪刑の均衡（最高裁の判例には内容適正に反することを理由に憲法 31 条違反としたものは存在しない。但し、憲法 22 条との関連で、最大判昭和 35・1・27 を参照）

3 刑法の適用範囲

(1) 場所的適用範囲

属地主義(刑法 1 条 1 項)が基本—国内犯に適用 **旗国主義**(刑法 1 条 2 項)

犯罪地が国内であるためには、犯罪構成要件の一部が日本国内で生ずれば足りる（遍在説）。

共犯については、結果が日本国内で発生した場合、正犯行為が国内で行なわれた場合に、共犯者全員にわが国の刑法が適用される（最決平成 6・12・9 刑集 48・8576）⇒本件は i 狭義の共犯＝教唆・幫助が国外で実行され、正犯の行為が国内で実行された場合に、正犯、教唆犯、幫助犯に国内法の適用があることを明らかにしたが、ii 教唆・幫助の行為場所が国内で、正犯行為の場所が国外の場合、教唆・幫助犯に国内法が適用されるかについては、判断していない（なお、遍在説 [構成要件該当事実の一部が日本国内で生じれば日本法が適用される] をとれば、正犯行為が国外で実行された場合でも、犯罪は成立しており、日本の刑罰権が発生しないだけだと考えれば、共犯行為を処罰することは共犯従属性の原則には反しない）。

属人主義(刑法 3 条・4 条)—日本人の国外犯(重大犯罪)・公務員の国外犯に刑法を適用

消極的属人主義(刑法 3 条の 2) 2003 年刑法改正により導入⇒

保護主義(刑法 2 条)⇒内乱罪、通貨偽造罪他、日本国の国益を害する重大な犯罪には、日本の刑法が適用される。

世界主義(刑法 4 条の 2)⇒包括的国外犯処罰

(2)時間的適用範囲⇒遡及処罰禁止を参照

II 犯罪論の体系

【到達目標】

犯罪論の体系

○構成要件該当性・違法性・責任という犯罪論の体系、それによ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。

犯罪とは、構成要件に該当し、違法で、有責な行為である。

犯罪の成立要件⇒構成要件該当性⇒違法性⇒責任

1 行為論の意義

刑法的評価は違法性判断と有責性判断とに分けることができる。

違法判断とは本質的に規範違反性(行為無価値性)の判断(但し、結果無価値論からは法益侵害性の判断)である。

責任判断とは規範違反行為に出たその意思決定に対する非難可能性の判断。規範に従った動機づけの制御をなし得たのにそれをしなかったという法的非難を内容。

規範違反性の評価は、人間の意思的行動を対象とする。行為能力(意思による行動制御の可能性その能力)は違法の要素。責任能力(規範意識による動機づけの可能性その能力)は責任の要素。行為能力と責任能力は区別されなければならない。

行為論とは違法判断の対象となる行為をどのように考えるかの問題である。⇒かつて目的的行為論の受容をめぐる激しい論争があった。行為論の意義は違法判断の基礎としてどのような行為を問題とするかであり、その点を理解しておけば十分である。

(1)行為概念の機能

- ①基本要素(違法評価の対象がどのようなものを統一的に明らかにする)
- ②結合要素
- ③限界要素(行為でなければ犯罪ではない。すなわち、犯罪・可罰範囲を限界づける)

(2)行為論の体系的地位

行為論の論争

① 因果的行為論⇒結果無価値論が基礎とする行為論

人の意思を基点とする因果的経過として行為を把握し、「何らかの意思に基づく身体的動作または不動作」として行為を定義する。したがって、純然たる思想や心情そのものは刑法的評価の対象から除外される。また、「何らかの意思に基づく」ものである以上、有意性が求められるから、反射的動作や睡眠中の動作、絶対的強制下での挙動などの行為性は否定される。

【問題点⇒不作為の行為性を説明できない。作為と不作為の区別は身体的動作と静止との区別に対応するものではない。忘却犯(認識なき過失に基づく不作為)の行為性も、そこに特定の意思を見出せない以上、因果的行為論によって説明できない。】

② 社会的行為論

行為とは「意思によって支配可能な、社会的に意味ある態度」とであると定義される。不作為も社会的に期待された一定の行為をしないというところに社会的実在をもち、「社会的に意味ある人の態度」という点で作為と異なる。また、この見解は「有意性」は要求せず、「意思によって支配可能性」というところまで主観的要素を緩和するので、忘却犯の行為性も説明できる。他方で、純然たる反射運動、無意識の行動、絶対的強制下の動作などは意思支配の可能性がないので、行為から排除される。

【問題点⇒概念が漠然としている。どういう場合に「社会生活上の期待」が肯定されるのかという不作為の行為性の要件が明らかでない。】

③ 目的的行為論⇒行為無価値論が基礎とする行為論

意思による因果的過程の支配・統制に重要性を認め、自ら設定した目的の実現に向けて因果的過程を制御する目的追及として行為を把握する。一定の犯罪的結果の実現を目的とする故意行為は、そうでない過失行為とその構造を異にし、違法評価の対象として根本的に異なる。この点で故意行為と過失行為とを意思を起点とする因果的経過としては同じであると評価する因果的行為論と根本的に異なる。目的的行為論では、因果的な結果惹起の過程は、実現意思によってカバーされ目的連関に取り込まれる限度でのみ、違法評価の対象とされる。『人を殺すな』という故意犯の規範は、目的的殺人行為を禁止するものとしてのみ意味をもつ。過失行為を禁ずるには、当該状況における不注意行為を禁ずる別の規範が必要である。したがって、故意行為と過失行為とでは禁止する規範の内容が異なるのは、行為の構造が異なるからである。不作為の場合、作為とはその因果プロセスの支配の有無においてまったく異なるから、作為と不作為を同一概念のもとにおくことはできないとして、作為と不作為を統合する上位概念として『目的的意思によって統制・支配しうる範囲内にある人間の態度』という包括的な概念を提示する。作為と不作為はその行為の構造が異なり、それは禁止規範と命令規範という規範の内容の差異に対応している。しかし、両者はいずれも人間意思による制御可能な態度に含まれるので刑法的評価の対象たりうる。

④ 人格的行為論⇒行為者人格の主体的現実化と認められる身体の動静

【到達目標】

犯罪の積極的成立要件

主体

○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。

実行行為

○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。
○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。⇒第13回において検討

結果

○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。
○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。
○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。
○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。

2 構成要件該当性

構成要件一個々の刑罰法規において犯罪として規定された行為の類型(殺人罪の構成要件は人を殺すこと。窃盗罪の構成要件とは財物を窃取すること)である。構成要件とは個々の犯罪行為の型ないし観念像である。構成要件に該当してはじめてその行為が刑法の世界で問題となる。構成要件に該当しない行為はそもそも捜査の対象とはならない。

構成要件の機能—保障的機能 違法推定機能（責任推定機能） 故意規制機能

行為類型説（構成要件は違法性、責任とは関係のない価値中立的な概念である）、違法類型説（違法な行為の類型であるとする）、違法・有責類型説（責任推定機能も認める。実務はこの立場に立っていると考えられる）が対立しているが、このような対立は構成要件にどのような機能を期待するかによって決まる問題である。この3説は、故意・過失を構成要件の要素とするか否かについて対立する。

【構成要件と違法性、有責性との関係】

構成要件と違法、責任との関係については、違法類型説と違法・有責類型説が対立している。また、構成要件と違法・責任との関連性を否定し価値中立的な構成要件概念を支持する見解(行為類型説、曾根・内田等)もある。しかし、違法性からまったく形式的・価値中立的な構成要件など現実的にはありえない。構成要件は、原則的に違法で実質的に処罰に値する行為の類型であると考えらるべきであろう。従って、違法類型説と違法・有責類型説について検討する。

違法類型説とは構成要件は違法行為の類型であると考えられる見解であるが、構成要件に該当すれば違法性が推定され、例外的に正当化事情が存在するときには違法性が阻却される(原則と例外の関係)とする見解(平野・福田等)と消極的構成要件要素の理論をとり構成要件と違法性が一体化された不法構成要件にとらえる見解(井田・例えば、199条の殺人の構成要件は、正当化事由なく人を殺すことをいうので、正当化事由によって人を殺した場合には殺人の構成要件には該当しないことになる。正当防衛などの正当化事由も、それが不存在であれば構成要件を充足するという意味で、消極的構成要件要素である。)とがある。原則・例外型の違法類型説については、結果無価値論型違法類型説(主観的構成要件要素を原則として認めない。すなわち、故意、過失等の主観的要素はすべて責任の段階で論じる)と、行為無価値論型違法類型説(主観的構成要件要素を認める)の二種類が考えられる。

違法・有責類型説は、故意・過失や目的犯における「目的」という主観的要素は、行為に違法性を与え、または違法性を強める主観的要素であると同時に、責任要素としての側面をもつとする。特に、故意・過失の本籍は責任にあり、構成要件の故意・過失の構成要件における定型的評価の相違は、行為者に帰されるべき非難の強弱の定型的相違に由来するがゆえに、構成要件の故意・過失が責任要素の定型化としての意味をもち、期待可能性の有無・強弱を顧慮して犯罪定型が定められているとする行為無価値論型の違法・有責類型説(団藤・大塚・大谷等)と、主観的構成要件(責任)要素はもっぱら責任要素であるとする(行為者の主観的側面は、違法性の有無・強弱に影響を与えることなく、もっぱら責任の存在を推定させる要素である)結果無価値論型の違法・有責類型説(前田等)に分かれる。

故意の内容と関連して、違法性阻却事由にあたる事実の存在についての認識の要否が問題となる。特に、誤想防衛の処理をめぐる、故意を阻却するののかという問題で議論される。故意の成立には、構成要件該当事実の認識があれば足りるとする見解に立てば、違法性阻却事由にあたる事実が存在しないのに存在すると誤信した場合には、事実認識につきるところはないので、規範の問題には直面しており、事実の錯誤ではなく、違法性の錯誤として故意犯が成立し、錯誤が避けられなかった場合には責任が阻却されることになる(厳格責任説)。通説は、構成要件該当事実も、違法性阻却事由にあたる事実の存在という事実も、違法性を基礎づける事実であるという点については異なるところはない。違法性を基礎づける事実を認識したときにはじめて行為者は規範の問題に直面するので、違法性阻却事由に当たる事実の不存在という事実を認識しなかったときには、事実の錯誤であり故意があるとはいえず、誤信について過失があるときには、過失犯処罰規定の存在を前提に過失犯が成立しうるとする(詳細については、「誤想防衛」を参照)。

(1)構成要件の要素

①客観的構成要件要素

実行行為(構成要件該当行為)の客観面

- ・行為(人の意思によって支配・コントロール可能な身体的態度＝作為と不作為)
- ・行為主体(身分)、行為の手段・方法、行為客体、行為の状況

身分犯(真正身分犯と不真正身分犯)⇒詳細は「共犯と身分」を参照

真正身分犯＝例えば、収賄罪の公務員という身分

不真正身分犯＝例えば、保護責任者遺棄罪の保護責任者、業務上横領罪の業務上という身

分（判例・通説）

犯罪主体としての法人の犯罪能力

人を殺した「者」の「者」は自然人を意味するが、法人も含まれるか？

否定説と肯定説の対立—かつては否定説が通説、現在では肯定説も有力。刑法典上の犯罪については法人の犯罪能力は認められないが、特別刑法には法人処罰規定が存在する。

判例は否定説の立場をとる。但し、最判昭和 40.3.26(刑集 19・2・83 百選 I 7 版 8 頁は「事業主が法人で、行為者が、その代表者でない、従業員の場合にも、当然推及されるべきである」として、過失推定説をとることを明らかにした。一定の範囲において法人の刑事責任を認めたものと理解することができる。法人である事業主に行為者らの選任監督その他の違法行為を防止するために必要な決定を行ったという過失の存在が推定される。

否定説の論拠—①法人には行為能力はない。②法人に倫理的責任を問えない。③法人には自由刑・生命刑を適用できない。④自然人のほか法人を処罰することは「二重処罰禁止の原則」に反する。

肯定説は否定説の論拠を批判

法人処罰の範囲—多数説は、法人を処罰する明文の規定(両罰規定=法人の代表者またはそれ以外の法人の従業員である自然人と事業主である法人の両方を処罰する、三罰規定等)がある場合に限定すべき。現行法は、特別刑法においては、刑法 8 条但書により法人処罰を認める。

法人の処罰根拠—①無過失責任説 ②純過失説 ③過失擬制説 ④過失推定説（最判昭和 32・11・27 責任主義との調和を図る、最判昭和 40・3・26 刑集 19・2・83）

法人処罰を基礎づける過失の内容は、行為責任と監督責任とに区別できる。最判昭和 40・3・26 も、法人代表者ではない平取締役の違反行為に関するものであり、監督責任を問題とした判例である。

最近では、企業組織体責任論、組織モデル論などが展開されている。

・結果発生の危険性

結果⇒

・実質犯と形式犯

実質犯⇒当該犯罪が成立するためには、法益の侵害または侵害の危険の発生が必要である犯罪

形式犯⇒犯罪が成立するためには、法益侵害の抽象的危険すらも必要としない犯罪（免許証不携帯罪など）

・侵害犯と危険犯（抽象的危険犯と具体的危険犯）

侵害犯⇒実質犯のうち、保護法益を現実的に侵害したことが構成要件要素となっている犯罪

危険犯⇒実質犯のうち、保護法益侵害の危険を生じさせたことが構成要件要素となっている犯罪

抽象的危険犯⇒法益侵害への抽象的危険があると認められる行為があればそれだけで犯罪は成立するもの（現住建造物等放火罪 [108 条]）

具体的危険犯⇒法益侵害の現実的な危険の発生を構成要件要素としている犯罪（建造物等以外放火罪 [110 条]）

・結果犯と挙動犯

結果犯⇒一定の結果発生を構成要件要素としている犯罪

挙動犯⇒一定の身体的動作のみが犯罪構成要件要素となっている犯罪（住居侵入罪[103 条前段]、偽証罪[169 条]）

・結果的加重犯⇒行為者が一定の故意に基づく行為を行った際、その行為からその故意を超越する重い結果発生が犯罪構成要件として予定されている犯罪（傷害致死罪がその典型

例である)。通常、結果的加重犯の場合、法文上「よって・・・させた者は」という形式で規定されているが、強盗致死傷罪のようにその形式をとらない規定も存在する。

・即成犯・継続犯・状態犯

即成犯⇒構成要件的结果発生とともに犯罪が既遂となる犯罪（殺人罪、放火罪）

継続犯＝構成要件的结果発生とともに犯罪は既遂に達するが、その後も犯罪行為を継続している間、法益侵害の状態も継続し、犯罪の継続が認められる犯罪（監禁罪）

状態犯＝構成要件的结果発生とともに犯罪が既遂となるが、その後も、行為者の行為によって法益侵害状態が継続する犯罪（窃盗罪）。この場合、犯罪成立後の法益侵害状態の継続に關与する行為者の行為は、当初の構成要件的行为によって当然に予定されている限り、別個の犯罪を構成しない。これを不可罰的事後行為という（たとえば、窃盗犯人が窃盗物件を処分・破壊した場合は、不可罰的事後行為にあたる。しかし、構成要件が予定している範囲を超える新たな違法行為がなされたときには、別罪が成立する（窃盗犯人が窃盗にかかる預金通帳を用いて銀行窓口で預金を引き出した場合には、新たに詐欺罪が成立すると考えるべき（最判昭和 25・2・24 刑集 4・2・255）。なお、不可罰的事後行為については、罪数論を参照。

因果関係（詳細は因果関係論を参照）

②主観的構成要件要素

実行行為の主観面

・故意・過失(＝主観的違法要素)

・その他の主観的構成要件要素(＝主観的違法要素)⇒目的犯 傾向犯 表現犯

目的犯＝通貨偽造罪の「行使の目的」など

傾向犯＝強制わいせつ罪（最判昭和 45・1・29 刑集 24・1・1、反対、東京地判昭和 62・9・16）の「内心傾向」

なお、最高裁は、**最大判平成 29・11・19**において判例を変更し、性的意図は不要であると判断した。最高裁は、強制わいせつ罪が成立するには客観的に被害者の性的自由を侵害する行為がなされ、行為者がその旨認識していればそれで足り、犯人の性欲を興奮刺激させまたは満足させるという性的意図の有無は同罪の法益侵害とは関係ないと判断した。

表現犯＝偽証罪（内心状態・心理的過程⇒主観説をとった場合）

このすべてを主観的違法要素と認めるか否かについては見解の対立がある。行為無価値論の立場では基本的に肯定するが、結果無価値論の立場ではすべてを否定するか、目的犯に限り超過的内心傾向として肯定する。

但し、行為無価値論に立っても、傾向犯や表現犯については議論の余地ありとする見解もあり、特に傾向犯については、強制わいせつ罪の保護法益を被害者の性的自由とする立場からは、最高裁の見解には批判が加えられている。

・規範的構成要件要素⇒「財物の他人性」「わいせつ性」⇒意味の認識（詳細は故意論を参照）

3 違法性

違法判断とは、処罰対象の確定の判断であり、何を何ゆえに処罰するのかを明らかにする。その内容をどう考えるのかは、犯罪論の基本的課題である。違法性の実質論

結果無価値論と行為無価値論の対立

結果無価値論(因果的違法論)―基本的には因果的行為論に対応。違法の実質は法益の侵害またはその危険であるとの立場をとる。違法とは評価規範に違反し、責任とは意思決定規範に違反することであるとの見解を前提とする。違法は客観的に、責任は主観的にというテーゼに従い、違法判断(構成要件該当性の判断)から主観的要素はすべて排除する（主観的要素はすべて責任要素として考慮する）。この立場からは、構成要件の概念は無限定と

なり、国民に対して処罰範囲を明らかにする機能を果たしえず、処罰範囲の限定ができない(故意殺人と過失致死とに共通の構成要件を想定することは、構成要件の犯罪個別化機能を果たさないことになる)。罪刑法定主義の要請には沿わないとの批判が可能。また、故意を構成要件要素として考慮することは実務的な思考にも合致する。

結果無価値論の論者は、刑法と道徳の区別の重要性を主張する。これは、従来の行為無価値論が、刑法と道徳規範(倫理規範)との不可分の関係を前提として、刑法の存在意義について社会秩序の維持に重点を置いていたからである。但し、行為無価値論の本質は、人の行為のみが法規範によるコントロールの対象となり、規範による人間行動のコントロールということと離れて法益保護は実現できないことから、行為の時点で違法・適法の限界を明らかにするという提示機能・告知機能を重視するところにある(井田)という見解に立てば、刑法と道徳を混同しているという批判を回避することができる。結果無価値論がモラリズムの排斥のために罪刑法定主義や一般予防の要請まで犠牲にするのは妥当ではない(この批判に対する結果無価値論からの反論については、西田・総論 121 頁以下参照)。

行為無価値論(規範違反論)—基本的には目的的行為論に対応。違法性の本質を行為規範違反ととらえる。行為無価値論は人の行為の規範違反性を評価の基礎に置く点で「人的違法論」である。刑法規範が道徳規範と重なるのか、刑法が保護するのは法益を守るための規範に限定すると考えるのかは別問題であり、行為無価値論とモラリズムとの結びつきは必然ではない(井田)。行為の時点で違法・適法の限界を明らかにする提示機能・告知行為を重視して、罪刑法定主義の要請に応え、同時に規範による一般予防を図ろうとする見解(井田・違二元論)を支持すべきであろう。したがって、行為時の判断(事前判断)が決定的に重視される。行為無価値論によれば、行為規範違反を肯定できない行為、逆に言えば、社会生活上必要とされる要請にかなう行為はすでに違法ではない。換言すれば、社会生活上のルールという視点抜きにして刑法上の違法判断は不可能である。違法とは、刑法が社会生活の現実を顧慮した上で国民に対して要求するルールからの逸脱(行為無価値性)が重要な判断基準とならざるを得ない。

通説・違法二元論

違法判断の中心は規範違反の評価であり、行為無価値が違法の基本である。付加的要素または処罰を限定するために結果無価値が要求されることもある。例えば、未遂よりも既遂の方が違法性はより重いとされ、犯罪によっては未遂が処罰されないことがあること、共犯について実行従属性という形で正犯行為が要求されていることなどが挙げられる。

【補足・規範違反としての違法性】

主観的違法性論(規範の名宛人は、その命令・禁止を理解できる責任能力者でなければならぬとする見解)に対して主張されたメッガーが主張した客観的違法性論は、人に命令・禁止をする規範(決定規範)は、それに先行し、何が正しく、何が正しくないかを評価する規範(評価規範)の存在を前提とする。違法とは評価規範に違反することであり、責任とは意思決定規範に違反することであり、評価規範は、その規範が向けられる者の能力如何にかかわらず客観的に妥当する。この見解にしたがっているのが結果無価値論であるが、この規範の構造理解には問題があり、エンギッシュによって批判された。

法規範の定立に際して、何が正しく、何が正しくないかを評価・判断し、法規範として明示する。このようにして、いったん定立された法規範も、それが規範違反者に適用される場合には、法的な命令・禁止、つまり決定規範として評価に先行する規範となる。行為者が違反したのは、まさに刑法上の命令・禁止(決定規範)であり、それに違反した行為と行為者に対して、違法、有責の評価(評価規範)が下される。それでは、違法判断に際して判断基準となる評価規範の性質は何であるかといえ、それは特定の行為者ではなく、抽象的な一般人に対する当為規範であり、それを評価する規範も一般的な性格を有する決定規範違反の態度を判断対象にする。人を殺すなという決定規範は、それを理解しようと

否とを問わず、すべての人に妥当する。したがって、責任能力のない者も違法に行為することになり、その者の侵害に対して正当防衛をすることができる。

これに対して、責任の面における決定規範と評価規範にあっては、当該行為との関連で具体的な行為者を対象としてなされ、したがって、当該行為者について個別的・主観的な評価・判断が加えられる。人を殺した者が、行為時に、通常の判断能力・理解力を持っていたか否かが具体的状況に照らして検討され、その能力がないか、あるいは著しく減退している場合には、責任無能力者・限定責任能力者として扱う。評価規範と決定規範は、違法、責任の両面において二重に作用するものであり、このような意味で理解される新客観的違法性論（違法評価は客観的になさるという意味で、客観的判断は主観的判断に先行するので、違法が責任に先行するが、違法評価の対象としての行為には主観的なものを含みうる。なぜなら、行為は主観・客観の総合体であるからである。）が行為無価値論の基礎となっている（なお、詳細については、井田・総論 81 頁以下、福田・総論 137 頁以下、宮澤浩一「刑法理論と被害者学」刑事法学の総合的研究下 95 頁以下参照）。

4 責任

責任とは、違法行為につきその行為者の意思決定を非難しうることをいう。厳密には、規範意識を働かせて、当該行為を行おうとする意思決定に至る動機づけを抑制・制御すべきだったのにそれをしなかったことについて行為者を非難しうることである。⇒詳細は責任論で検討。

「不法は責任の前提、不法なき責任はない」。責任判断は、違法行為(不法)と切り離されて独立に存在するものではない。責任は、違法性判断(不法)とは異なり、処罰を根拠づけるものではなく単に限定するものに過ぎない。

責任主義の原理⇒「責任なければ刑罰なし」

主観的責任（責任を問うためには、故意または過失が必要である）と個人行為責任の原則

【参考資料】犯罪論体系（違法・有責類型説）

故意犯

過失犯

<構成要件該当性判断>

客観的構成要件	構成要件該当行為 ↓ 因果関係 構成要件的结果	過失行為 ↓ 因果関係 結果
主観的構成要件	構成要件の故意 = 構成要件該当事実の認識・認容	構成要件の過失 = 客観的注意義務違反

<違法・有責の推定>

<違法判断>

違法性阻却事由の不存在の確認	正当行為（35条） 正当防衛（36条） 緊急避難（37条）
----------------	-------------------------------

<責任判断>

責任阻却事由の不存在の確認	責任能力（39条） = 心神喪失 心神耗弱
	責任故意 = （違法性を基礎づける事実認識） 違法性の意識の可能性
	責任過失 = 主観的注意義務違反 期待可能性

*制限故意説に従った見解（違法性の意識の可能性は故意の要素である）

*通常は「構成要件該当事実の認識・認容」があれば、自分の行った行為は違法な行為であるということを知るので、「違法性を基礎づける事実認識」があるといえるため、責任故意の内容としては、「違法性を基礎づける事実認識」が問題となることはない。ただ、誤想防衛のような違法性阻却事由の錯誤の場合には、行為者は正当防衛に該当する事実であると誤認して行動しているため（急迫不正の侵害がないのにあると誤認して防衛行為を行った場合）、自分の行為が違法性を基礎づける事実であることを認識しておらず（事実の錯誤が生じている）、したがって、違法な行為を行うなという規範に直面しておらず、故意が阻却されることになる。この意味で、「違法性を基礎づける事実認識」も消極的な意味で責任故意の要素である。誤想防衛は構成要件に該当する違法な行為ではあるが、責任故意に関する事実の錯誤が生じているため責任故意が阻却されることになり、責任判断のレベルで問題となる。

第1部 択一問題

設問1 共犯に関する次の①から⑧について、判例に照らして、正しいものには1、誤っているものには2と記しなさい。なお、問題文に特別な記載がある場合はそれにしたがって答えなさい。(各1点×8)

- ① A会社の経理担当責任者Xは、同社の営業資金を業務上保管管理していたものであるが、友人Yと共に競馬資金に窮していたことから、Yと相談の上、Yが作成した偽の請求書を使用して、保管現金の中から100万円の出金手続きを執り、これを着用してYと折半した。判例によれば、Xには業務上横領罪が成立するが、Yには業務上占有者という身分がなく、65条2項が適用されて単純横領罪が成立し、単純横領罪の範囲で共同正犯が成立する。
- ② 賭博経験のないXが、常習賭博の前科を有する博徒Yから依頼されて賭博資金を貸与し、Yがそれを使って賭博に及んだ場合、判例の見解では、Yには常習賭博罪が成立するが、Xには65条2項が適用されて単純賭博罪の幫助犯が成立する。
- ③ Aは、Bが強盗の目的で、地下室において拳銃でXを殺害しようとしているのを知り、犯行の際、拳銃の発射音が外部に漏れるのを妨げる目的で、地下室の換気口などにガムテープで、目張りをした。しかし、その後、Bは自動車内で、拳銃で射殺した。Aには強盗殺人罪の幫助犯が成立する。
- ④ 交通事故の現場で、Xは、10歳の少年に対して、倒れている被害者が付近に落とした現金(約13万円)入りのバッグを指示して、とってこいと命令し、バッグを取るのはいいことと思ひ、知らん顔をしていた少年に対して、なおも、「おい、取って来い」ときつい声で命令し、少年をして逆らったらなにをされるかわからないと怖く思わせ、これを拾ってこさせた場合、Xには窃盗罪の共謀共同正犯が成立する。
- ⑤ XとYがAの殺害を共謀し、YがAに向けて発砲したところ、弾丸がそれで近くにいたBにあたりBが死亡した場合、XとYには、Bに対する殺人罪の共同正犯と、Aに対する殺人未遂の共同正犯が成立する。
- ⑥ XがYに、YがAを傷害するかもしれないことを認識しながら匕首を貸与したところ、Yが殺意をもってAを殺害した場合、Yには殺人罪の幫助犯が成立する。
- ⑦ 暴力団幹部であるXは、殺人の実行行為に直接加わらなかったが、犯行を止めることができる立場にいなからこれをしなかったばかりか、その後犯行現場にまで行動をとりにしている場合、単なる傍観者ではなく、殺人の黙示の共謀が成立しているといえることができる。
- ⑧ Xは、YがAを射殺しようとしていることを知って、これと共同する意思で、共同意思のないYとともに、同時にAに向けて発砲したところ、Xの弾丸はそれだが、Yの弾丸がAに命中してAは死亡した。Xには殺人罪の共同正犯が成立する。

設問2 次の①から⑤の記述について、判例に照らして正しいものを選びその番号を記しなさい。(4点)

- ① 刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反するかどうかは、行為者本人の能力を基準として、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にするような基準が読みとれるかどうかによって決定すべきである。
- ② 法人には、犯罪能力は認められない。
- ③ 国内の正犯行為を国外で幫助した場合、判例の立場では、日本刑法が適用される。
- ④ Xは、監禁行為を実行していたが、被害者を監禁中に監禁罪の法定刑を重くする改正

が行われた場合、法定刑が軽い旧法時の規定が適用される。

- ⑤ 故意の成立には構成要件該当事実の意味ないし性質についての理解が必要であるが、それは素人的理解で足りる。例えば、薬物事犯の場合、依存性の有害な薬理作用を有していることの認識があれば、故意は認められる。

設問3 因果関係に関する次の①から⑤の記述について、判例に照らして正しいものを選びその番号を記しなさい。(4点)

- ① 被告人の行為と被害者の脳にあった高度の病的変化という特殊事情とが相まって致死の結果を生じたときは、被告人が行為当時その特殊事情のあることを知っていたか、または予測しえた場合にのみ、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。
- ② 被害者の死因となつた膜下出血が、被告人らの暴行に耐えかねた被害者が逃走しようとして池に落ち込み、露出した岩石に頭部を打ちつけたため生じた場合には、被告人らの暴行と被害者の右受傷に基づく死亡との間の因果関係は否定される。
- ③ 医師の資格のない柔道整復師である被告人が、風邪の症状を訴えた患者に対して誤った治療法を繰り返し指示し、これに忠実に従った患者が、病状を悪化させて死亡するに至った場合には、患者に医師の診察治療を受けずに被告人の指示に従った落度があっても、被告人の行為と患者の死亡との間には因果関係がある。
- ④ 潜水指導者であった被告人が、夜間、潜水の講習指導中、不用意に受講生の傍らから離れ、同人らを見失った行為は、受講生を海中で空気を使い果たして溺死させかねない危険性を有しており、その後、指導補助者および受講生の不適切な行動によって受講生が溺死したとしても、被告人の行為と被害者の死亡の間には因果関係が認められる。
- ⑤ 暴行の被害者が逃走しようとして高速道路に進入したことは、被告人らの暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったといえるので、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できないから、被告人らの暴行と被害者の死亡との間の因果関係は否定される。

設問4 不作為に関する次の①から⑤の記述について、判例に照らして正しいものを選びその番号を記しなさい。(2点)

- ① 被害者の女性が、被告人らによって注射された覚せい剤のため錯乱状態に陥った午前0時半頃の時点において、直ちに救急医療を要請していても、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は認められない場合、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(不作為)と午前2時15分頃から同4時頃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、因果関係が認められる。
- ② 自己の故意行為に帰しえない原因で発火した場合には、鎮火に必要な手段をとらなかったとしても、常にその不作為は放火行為にあたらぬ。
- ③ 自己の過失により事務室内の炭火が机に引火し燃焼し始めているのを発見した者が、そのまま放置すれば事務所を焼損するに至ることを認識し、かつ、容易に自らこれを消火しうる状態にあるにもかかわらず、右結果の発生を認容する意思で、必要な消火措置をとることなく、その場から逃げ去ったときは、不作為による放火の責任を負わなければならない。
- ④ 重篤な患者Aの親族Yから患者に対する全面的な手当てを委ねられたXが、入院中の

患者 A を病院から運び出させた上、未必的な殺意をもって、必要な医療措置を受けさせないまま放置して死亡させた場合、X には殺人罪が成立するが、殺意のない親族 Y との関係では保護責任者遺棄罪の限度で共同正犯が成立する。

- ⑤ 行為者は、自動車の運転中、過失により被害者を轢いたが、被害者の状態を確認することなく、そのまま逃走した。後続車に発見された被害者は救急搬送されたが、頭部挫傷により死亡した。この場合、行為者には過失運転致傷罪と殺人罪が成立する。

設問 5 過失犯に関する次の①から⑤の記述について、判例に照らして正しいものを選びその番号を記しなさい。(4 点)

- ① 夜間(午後 11 時ころ)、交通整理の行われていない交差点を右折する際、対向直進車を前方約 54.8 メートルの地点に認めたが、同車より前に右折を完了できると判断し、そのまま右折進行したところ、同車が指定制限速度約 40 キロメートルのところを時速 70 乃至 80 キロメートルで走行していたため、衝突した場合、夜間は交通量が閑散としているので、制限速度を遵守せず時速 60 乃至 70 キロメートルで進行する車両もまれでないとしても、信頼の原則を適用することができる。
- ② 私人の手旗による交通整理の行われている右方道路の見通しの悪い交差点を進行するにあたり、右方道路の車両に対し私人が停止の合図をしているので、徐行せずに進入したところ、停止の合図を無視して進入した車両と衝突した場合、これを予想して徐行する注意義務はないので過失責任を負わない。
- ③ 鉄工所従業員の A と B が、旅館の食堂拡張工事において鋼材の電気溶接作業を行うにあたり、その際発生する輻射熱や花火などによって溶接箇所に着着または近接する可燃物が発火し建物が炎上する危険があったのに、あらかじめ不燃物で溶接箇所と可燃物を遮断する措置を講ずることなく溶接作業に取り掛かり、両名の内一方が溶接する間、他方が火花の飛散状況を監視し、途中で各人の役割分担を交換するという方法で溶接作業を実施したことから、輻射熱または花火などによって可燃物が発火して燃焼し、旅館の一部が焼損した場合、共同の注意義務違反行為の所産として火災を生じたのであって、業務上失火罪の共同正犯を肯定できる。
- ④ てんかん発作がおきるかもしれないことが認識予見できたにもかかわらず自動車を運転して、運転中てんかん発作を起こして心神喪失の状態でも事故を起こした場合、過失犯の成立を肯定することができる。
- ⑤ X が助手席に A を乗せて自動車を運転中、スピードを出しすぎて信号柱に激突させ、A を怪我させ、X が知らないうちに自動車の後部に乗り込んでいた B と C を死亡させた場合、X には B と C に対する予見可能性がないので、両名に対する過失運転致死罪は成立しない。

設問 6 正当防衛に関する次の①から⑤の記述について、判例に照らして正しいものを選びその番号を記しなさい。(4 点)

- ① 将来の侵害を予想して、事前にしのび返しを設置した結果、窃盗の目的で扉から侵入しようとした者にその忍び返しに触れさせて傷害を与えた場合も、急迫不正の侵害に対するものであるといえる。
- ② 喧嘩闘争中の者は、双方が互いに相手方を攻撃するという違法な行為をしており、その一方の行為を不正の侵害とし、他方の行為を防衛行為とみることはできないので、喧嘩闘争中の攻撃については正当防衛を認める余地はない。
- ③ X は、誰もいない公園内で野良犬に襲われたので、もっていた傘でその犬の前足を殴

りつけて骨折させた。この場合、Xには正当防衛が成立する。

- ④ Y から刃物で切りつけられた X が、その攻撃から逃れるため、付近にいた無関係の Z を押し倒して、Z に傷害を負わせた場合、X には Z に対して緊急避難が成立する余地はあっても、正当防衛は成立することはない。
- ⑤ 酒場で、Y がきっかけを作った喧嘩がおさまった後、X はいったん自宅に帰ったが、Y の包丁による仕返しが不安で外出したところ、喧嘩が収まってから 2 時間以上後に、路上で出会った Y から包丁で切りかかられたため、X は護身用に携帯していた包丁で被害者を殺害した場合、侵害が予期され急迫性が欠けるので、正当防衛は成立しない。

設問 7 未遂犯に関する次の①から⑤の記述について、判例に照らして正しいものを選びその番号を記しなさい。(4 点)

- ① X は、来客予定の A を殺害しようと考え、毒入りのジュースをコップに準備したが、A を待つ間に後悔の念からコップの毒入りジュースを捨てた場合、殺人の中止未遂が成立する。
- ② X は、車上荒らしをしようとして施錠された車両の運転席ドアに解錠道具を差し込んでこれを開けようとしたが、その際、通行人に声をかけられたことから逃げ出した。この場合、窃盗未遂が成立する。
- ③ X は、未必的な殺意をもって Y の頸部を果物ナイフで 1 回刺したが、その直後、Y が口から大量の血を吐き出したのを見て、驚愕すると同時に大変なことをしたと思い、直ちにタオルを同女の頸部に当てて血が噴出さないようにしたり、消防署に通告し、傷害事件を犯したので救急車の派遣と警察への通報を依頼したりした場合、X には殺人の中止未遂が認められる。
- ④ X は、A の住居に放火しようと考え、同居居前に置かれた段ボールに灯油をまいて放火しようとしたところ、通行人に目撃されたので通報されることを恐れ、消火したことから A の住居には燃え移らなかった。この場合、現住建造物等放火の中止未遂が成立する。
- ⑤ X は、将来を悲観し、子供を道連れにガス中毒死を計画し、自宅アパート内に 5 時間 にわたり天然ガスを充満させたが、異変に気付いた隣人に発見されて目的を達しなかった。この場合、天然ガスには一酸化炭素が含まれていないので不能犯となり、殺人未遂は成立しない。

第 2 部 論述問題

次の問題文を読み、具体的事実を摘示しながら、X、Y、Z の罪責を論じなさい。なお、供述の内容はすべて真実である。(70 点)

1. X は、2018 年 10 月 22 日の夜、中学校時代の同級生である Y、K、Z と共に、近く海外留学する S を送別するために集まり、アネックス五反田ビル二階のレストラン「Rouge」で食事をし、翌 23 日午前 1 時 30 分ころ、同ビルとは山手通りを隔てた反対側にある上目黒印刷会館前の歩道上で雑談をするなどしていたところ、酩酊して通りかかった V が、付近に駐車してあった Y の乗用車のテレビ用アンテナに上着を引っ掛け、これを無理に引っ張ってアンテナを曲げておきながら、何ら謝罪等をしないまま通り過ぎようとした。
2. 不快に思った Y は、V に対し、近づいて「ちょっと待て。」などと大声をかけ V の腕に手をかけた。V は、これを振り払い、Y を無視して上目黒印刷会館に入り、間もな

く同会館から出て来たが、XとYらが雑談をしているのを見て、険しい表情でXらに近づき、「おれにガンをつけたのはだれだ。」などと強い口調で言った上、「おれだ。」と答えたYに対し、いきなりつかみかかろうとし、Yの前にいたSの長い髪をつかみ、付近を引き回すなどの乱暴を始めた。

3. X、Y、K及びZ（以下「Xら4名」という。）は、これを制止し、Sの髪からVの手を放させようとして、こもごもVの腕、手等をつかむとか、その顔面や身体を殴る蹴るなどし、Xも、Vの脇腹や肩付近を二度ほど足蹴にした。しかし、Vは、Sの髪を放そうとせず、Yの胃の辺りを蹴ったり、ワイシャツの胸元を破いたりした上、Sの髪をつかんだまま、山手通り（車道幅員約16.5メートル）を横断して、向かい側にある駐車場入口の内側付近までSを引っ張って行った。
4. Xら4名は、その後を追いかけて行き、Vの手をSの髪から放させようとしてVを殴る蹴るなどし、XにおいてもVの背中を一回足蹴にし、Vもこれに応戦した。その後、ようやく、Vは、Sの髪から手を放したものの、近くにいたXら4名に向かって、「馬鹿野郎」などと悪態をつき、なおも応戦する氣勢を示しながら、後ずさりするようにして本件駐車場の奥の方に移動し、Xら4名も、ほぼ一団となって、Vを本件駐車場奥に追い詰める格好で迫って行った。
5. その間、本件駐車場中央付近で、Kが、応戦の態度を崩さないVに手拳で殴りかかり、顔をかすった程度で終わったため、再度殴りかかろうとしたが、Zがこれを制止し、本件駐車場の奥で、今度はYがVに殴りかかろうとしたため、再びZが2人の間に割って入って制止した。
6. しかし、その直後にYがVの顔面を手拳で殴打し、そのためVは、転倒してコンクリート床に頭部を打ちつけ、全治5か月の頭部挫傷等の傷害を負うに至った。なお、VがSの髪から手を放した本件駐車場入口の内側付近からYの殴打により転倒した地点までの距離は、20メートル足らずであり、この間の移動に要した時間も短時間であり、Xら4名のうちKやZは、VがいつSの髪から手を放したか正確には認識していなかった。
7. Xら4名は、終始、Vの周りを取り囲むようにしていたものではなく、Y及びKがほぼVとともに移動しているのに対して、Xは、一步遅れ、Zについては、更に遅れて移動していることが認められ、その間、Xは、VをSから離そうとしてVを数回蹴っているが、それは六分程度の力であったというのであり、これを否定すべき事情もない。その他、VがXら4名の反撃行為によって特段の傷害を負ったという形跡も認められない。
8. 次に、Xらの追撃行為について検討すると、Y及びKはVに対して暴行を加えており、他方、Zは右両名の暴行を制止しているが、この中にあって、Xは、自ら暴行を加えてはいないが、他の者の暴行を制止しているわけでもない。
9. Xは、検察官に対する供述調書において、「VさんがSから手を放した後、私たち4人は横並びになってVさんを本件駐車場の奥に追い詰めるように進んで行きました。このような態勢でしたから、他の3人も私と同じように、Vさんに対し、暴行を加える意思があったのだと思います。」と供述している。Vを追いかける際、Xら4名は、ほぼ一団となっていたとすることができるにとどまり、横並びになっていたわけではなく、また、本件駐車場は、ビルの山手通り側と裏通り側とのいずれにも同じ6メートル余の幅の出入口があり、山手通りから裏通りを見通すことができ、奥が行き詰まりになっているわけではない。
10. また、Y及びKは、Vから「馬鹿野郎」と言われて腹が立った旨供述し、Vの罵言がYらの追撃行為の直接のきっかけとなったと認められるが、XがVの罵言を聞いたものと認めるに足りる証拠はない。
11. Xは、追撃行為に関し、「謝罪を期待してVに付いて行っただけであり、暴行を加えようとの気持ちはなかった。Sの方を振り返ったりしていたので、KがVに殴りか

かったのは見ていない。ZがYとVの間に入ってやめろというふうに制止し、一瞬間があいて、これで終わったな、これから話合いが始まるな、と思っていたところ、YがVの右ほおを殴り、Vが倒れた。」旨供述している。

12. Vは、前記の頭部挫傷の治療で入院治療中、突然意識障害を起こし死亡したが、その死因は脳挫傷に起因する硬膜外血腫によるものであった。