

司法試験

合格答案作成講座
刑 法
無料体験冊子②

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 184098

LU18409

司法試験

合格答案作成講座・論証集
刑 法

はしがき

予備試験，司法試験，法科大学院入試においては，基本的事項に関する知識，理解があることを前提として，その応用力を問う問題が毎年のように出題されています。限られた試験時間内でそのような応用問題に対応するためには，基本的事項について，あらかじめ十分な準備をしておく必要があります。本教材は，その準備に役立てていただくツールとして，各論点の論証例を提示したものです。

収録されている論証例の中には，一見して長大なものも存在します。学習意欲の維持という点からすると，すべての論証が簡略化されている方がよいのかもしれませんが，しかし，簡略化が過ぎると，結論のみの暗記と大差のないものとなってしまう，他者からの評価に結びつかない独りよがりの「論証パターン」に陥る危険性があります。

高い評価を勝ち取る論証を展開するためには，正しい理解が必要です。そして，その理解の対象は，条文・判例・通説的学説といった重厚な内容を有する文章群となります。理解の対象が重厚である場合，必要以上に簡略化をすることは，恣意的な改悪でしかありません。

以上のような観点から，論点によっては長めの論証例を提示したのもありますが，これをそのまま自分の論証とする必要はありません。我々が提供するものは，あくまでも「土台」です。ご自身で，自分が使い易いようにエッセンスを抽出し，カスタマイズする作業を行うことが大切です。ラインマーカーなどで印をつけたり，下線を引いたりして，キーワードやロジックの流れを押さえておけば，直前期の総復習にも役立つ実践的な論証集となるでしょう。

本教材の特長

1 基本的かつ重要な論点をセレクト

効率的な学習に役立てていただけるよう、本教材では、予備試験、司法試験、法科大学院入試での出題が予想される基本的かつ重要な論点を厳選して取り上げています。

2 判例・通説ベースの論証を豊富に記載

大前提となる基本論点と関連する重要論点とを区別して記載し、膨大な数にのぼる論証群をわかりやすく整理しました。各論点に対する論証は、《問題提起》と《論証》のかたちで示してあります。

《問題提起》では、なぜその論点の問題になるのかを端的に示しています。また、《論証》は、判例または通説をベースとしたものを用意しました。ラインマーカーなどで印をつけたり、下線を引いたりして、キーワードやロジックの流れを押さえるようにしてください。

3 関連知識、関連過去問、関連判例の記載

必要に応じて、各論点に関連する知識や考え方の《ポイント》を欄外に記しています。また、関連過去問として新旧の司法試験及び予備試験の出題年度を記載したほか、関連判例についても年月日と百選番号を記載しています。

4 定義集と完全リンク

各論点が体系上どこに位置づけられるのかを意識しながら学習していただくため、定義集における関連箇所につき、該当ページを「⇒定 p.〇〇」と表記しています。また、本教材内での関連箇所については、該当ページを「⇒p.〇〇」と表記しています。

合格答案作成講座・論証集

刑法

目次

第1編 刑法総論	1
第1章 構成要件	1
1 実行行為	1
論点1 不真正不作為犯の実行行為性	1
論点2 間接正犯の実行行為性	2
◆ 意思を抑圧された者の利用	2
◆ 過失犯の利用	3
◆ 異なる故意犯の利用	3
◆ 故意ある幫助的道具の利用	4
◆ 身分なき故意ある道具の利用	4
◆ 目的なき故意ある道具の利用	5
◆ 適法行為者の利用	6
論点3 行為の一体性の判断	6
2 因果関係	7
論点1 条件関係（択一的競合）	7
論点2 因果関係の判断（危険の現実化説）	8
◆ 行為時の特殊事情	8
◆ 第三者の故意行為の介在①	9
◆ 第三者の故意行為の介在②	10
◆ 第三者の過失行為の介在	10
◆ 被害者の行為の介在①	11
◆ 被害者の行為の介在②	12
◆ 行為者の行為の介在	12
論点3 因果関係の判断（折衷的相当因果関係説）	13
論点4 不作為の因果関係	14
3 構成要件の故意	15
論点 故意責任の本質	15
◆ 故意の内容	15
◆ 規範的構成要件要素と構成要件の故意	15
◆ 作為義務の錯誤	16
◆ 具体的事実の錯誤	16
◆ 因果関係の錯誤	17
◆ 抽象的事実の錯誤（軽い罪の認識で重い罪を実現した場合）	18
◆ 抽象的事実の錯誤（重い罪の認識で軽い罪を実現した場合）	18
◆ 抽象的事実の錯誤（認識した罪と実現した罪の法定刑が同じ場合）	19
4 過失犯	21
論点1 過失犯の構造（新過失論）	21
◆ 予見可能性の程度	22
◆ 予見可能性の対象	22

◆ 予見可能性判断の基準	23
論点 2 信頼の原則	23
論点 3 管理過失・監督過失	23
論点 4 結果的加重犯の成否	25
第2章 違法性	25
1 違法性の実質	25
論点 違法性の実質と違法性阻却の一般的根拠	25
2 正当防衛	25
論点 1 侵害の開始時期	25
論点 2 侵害の終了時期	26
論点 3 「急迫」性と侵害の予期	26
論点 4 対物防衛	27
論点 5 防衛の意思の要否とその内容	27
◆ 防衛の意思と加害意思	28
論点 6 やむを得ずにした行為	28
論点 7 自招侵害	29
論点 8 過剰防衛と防衛行為の一体性	29
3 緊急避難	30
論点 1 緊急避難の法的性質	30
論点 2 やむを得ずにした行為	31
論点 3 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	31
論点 4 自招危難	31
論点 5 強要による緊急避難	32
論点 6 補充性要件の逸脱と過剰避難の成否	32
4 その他の違法性阻却事由	33
論点 1 被害者の同意	33
◆ 錯誤に基づく同意	33
論点 2 被害者の推定的同意	34
論点 3 危険の引受け	34
論点 4 自救行為	35
第3章 責任	35
1 責任能力	35
論点 1 原因において自由な行為（結果行為説）	35
論点 2 実行行為途中からの責任能力の低下	36
2 責任故意	37
論点 1 違法性阻却事由の錯誤	37
◆ （狭義の）誤想防衛	37
◆ 誤想過剰防衛（二分説）	38
◆ 誤想過剰防衛と36条2項	38
論点 2 違法性の意識の要否（責任説）	39
論点 3 法の不知（刑罰法規の存在に関する錯誤）	40
論点 4 あてはめの錯誤（刑罰法規の解釈に関する錯誤）	40
論点 5 事実の錯誤と法律（違法性）の錯誤の区別	41

第4章 未遂	42
1 未遂犯総説	42
論点1 「実行に着手」の意義	42
論点2 不作為犯における実行の着手時期	43
論点3 間接正犯における実行の着手時期	43
論点4 原因において自由な行為における実行の着手時期	44
論点5 早すぎた構成要件の実現	45
2 不能犯	46
論点 不能犯と未遂犯の区別	46
3 中止未遂	47
論点 中止犯の法的性格	47
◆ 「中止した」の意義	48
◆ 中止行為と結果不発生との間の因果関係	48
◆ 「自己の意思により」(任意性)の意義	49
◆ 予備罪の中止	49
第5章 共犯	50
1 共同正犯	50
論点1 共同正犯の処罰根拠	50
◆ 実行共同正犯の成立要件	50
◆ 共謀共同正犯の成立要件	50
◆ 共謀の射程	51
◆ 共犯関係の解消	52
◆ 片面的共同正犯	52
◆ 承継的共同正犯	53
論点2 共同正犯と中止犯	53
論点3 共同正犯における違法性の連帯	54
論点4 共同正犯における責任の連帯	54
論点5 結果的加重犯の共同正犯	55
論点6 過失犯の共同正犯	55
論点7 予備罪の共同正犯	56
論点8 不作為犯の共同正犯	57
2 狭義の共犯総説	57
論点1 狭義の共犯の処罰根拠	57
論点2 実行従属性(共犯従属性の有無)	57
論点3 要素従属性(共犯従属性の程度)	58
論点4 罪名従属性	59
3 教唆犯	59
論点1 未遂の教唆	59
論点2 結果的加重犯の教唆犯	60
4 幫助犯	60
論点1 不作為犯における正犯と幫助犯の区別	60
論点2 不作為による幫助	61
論点3 間接幫助	62
論点4 片面的幫助	62

論点 5	幫助犯の因果関係	62
論点 6	日常取引行為による幫助	63
5	共犯の諸問題	63
論点 1	65条1項と2項の関係	63
論点 2	身分犯の共同正犯	64
論点 3	同一共犯形式内の錯誤（具体的事実の錯誤）	65
論点 4	同一共犯形式内の錯誤（抽象的事実の錯誤）	65
論点 5	共同正犯の本質論	66
論点 6	異なる共犯形式間の錯誤（共犯形式相互間の錯誤）	66
論点 7	異なる共犯形式間の錯誤（間接正犯と共犯間の錯誤）	67
論点 8	異なる共犯形式間の錯誤（途中知情）	68
第6章	罪数	69
1	観念的競合	69
論点 1	「一個の行為」（54条1項前段）の意義	69
論点 2	狭義の共犯の罪数	70
2	牽連犯	70
論点 1	牽連犯（54条1項後段）の意義	70
論点 2	かすがい現象	71
第2編	刑法各論	73
第1章	個人的法益に対する罪	73
1	生命に対する罪	73
論点 1	偽装心中と殺人罪	73
論点 2	強制による自殺と殺人罪	74
論点 3	自殺関与罪の実行の着手時期	74
論点 4	遺棄罪の罪質	75
論点 5	遺棄罪の保護法益	75
論点 6	「遺棄」の意義	76
2	身体に対する罪	76
論点 1	傷害の意義	76
論点 2	傷害罪の故意	77
論点 3	同時傷害の特例（207条）の法的性質及び要件	77
論点 4	同時傷害の特例の傷害致死罪への適用の可否	77
論点 5	承継的共犯事例における同時傷害の特例の適用	78
3	自由に対する罪	79
論点 1	偽計による監禁	79
論点 2	脅迫罪における「脅迫」の意義	80
論点 3	法人に対する脅迫罪の成否	81
論点 4	告知される害悪の内容と脅迫罪の成否	81
論点 5	未成年者拐取罪の保護法益	82
論点 6	強制わいせつ罪における主観的要素	82
論点 7	住居侵入罪の保護法益及び「侵入」の意義	83
4	名誉に対する罪	84
論点 1	名誉毀損罪の保護法益・罪質・公然性の意義	84

論点 2	名誉毀損罪における事実の真実性に関する錯誤	84
論点 3	法人に対する侮辱罪の成否	85
5	信用及び業務に対する罪	85
論点 1	公務と業務	85
論点 2	信用毀損罪における「信用」の意義	86
6	窃盗罪	86
論点 1	禁制品の財物性	86
論点 2	窃盗罪の保護法益	86
論点 3	窃盗罪における占有の有無の判断基準	87
論点 4	上下主従関係がある場合の占有の帰属	88
論点 5	封緘物の占有	88
論点 6	死者の占有	89
論点 7	不法領得の意思の要否及びその内容	89
	◆ 自首するつもりで財物を奪取した場合	90
	◆ 情報の不正入手と窃盗罪（新薬産業スパイ事件）	91
論点 8	窃盗罪の既遂時期	92
論点 9	親族相盗例（244条）の法的性格	92
論点 10	親族関係の錯誤	93
論点 11	内縁関係にある者の「配偶者」（244条1項）該当性	93
論点 12	親族である未成年後見人に対する244条1項の準用の可否	93
論点 13	詐取したローンカードによる現金の引出し	94
論点 14	不動産侵奪罪における「侵奪」の意義	95
7	強盗罪	95
論点 1	暴行・脅迫の程度（被害者が臆病で反抗抑圧された場合）	95
論点 2	暴行・脅迫の程度（被害者が屈強で反抗抑圧されない場合）	96
論点 3	強盗罪と恐喝罪の区別基準の下位規範	97
論点 4	2項強盗罪における処分行為の要否と利益の移転	97
	◆ 債務者による債権者の殺害と2項強盗罪の成否	97
	◆ キャッシュカード窃取後の暗証番号の聞き出し	98
論点 5	事後的奪取意思	98
論点 6	事後強盗罪の予備罪の成否	99
論点 7	「窃盗の機会」の判断基準	100
論点 8	事後強盗罪の構造	101
	◆ 単独窃盗後の共同暴行の場合の後行者の罪責	101
論点 9	240条に傷害や殺人の故意ある場合を含むか	102
論点 10	240条の死傷結果の原因行為	103
論点 11	240条の罪の未遂（243条）の意義	103
8	詐欺罪・恐喝罪	104
論点 1	不法原因給付と1項詐欺罪の成否	104
論点 2	不法原因給付と2項詐欺罪の成否	105
論点 3	相当対価の給付と詐欺罪の成否	105
論点 4	国家的法益と詐欺罪の成否	106
論点 5	無銭飲食・宿泊（当初から支払意思がない場合）	107
論点 6	処分意思の要否とその内容	108
論点 7	振り込め詐欺・「出し子」の責任	112
論点 8	「虚偽の情報」（246条の2）の意義	113

論点 9	権利行使と恐喝	114
9	横領罪・背任罪	115
論点 1	不法原因給付物の横領	115
論点 2	用途を定めて寄託された金銭の他人性	115
論点 3	他人から預かった金銭を一時流用した場合	116
論点 4	「横領」の意義	116
論点 5	横領罪の既遂時期	117
論点 6	盗品等の保管の委託を受けた者の横領	117
論点 7	盗品の売却代金の着服	118
論点 8	二重譲渡と横領（売主における横領罪の成否）	119
論点 9	二重譲渡と横領（売主における詐欺罪の成否）	120
論点 10	二重譲渡と横領（第2譲受人の罪責）	121
論点 11	横領後の横領	121
論点 12	横領罪と詐欺罪の関係	122
論点 13	背任罪の本質	123
論点 14	任務違背行為の意義	123
論点 15	背任罪における財産上の損害	124
論点 16	凶利・加害目的の意義	124
論点 17	凶利・加害目的の認識の程度	125
論点 18	二重抵当と背任罪の成否	125
論点 19	横領罪と背任罪の区別基準①	126
論点 20	横領罪と背任罪の区別基準②	127
論点 21	不正融資の借り手側の責任	127
論点 22	詐欺罪と背任罪の関係	128
10	盗品関与罪・毀棄罪	129
論点 1	盗品等関与罪の罪質	129
論点 2	被害者を相手とする盗品等有償処分あっせん罪の成否	129
論点 3	盗品等有償譲受け罪における盗品性の認識	130
論点 4	盗品保管罪における知情の時期	130
論点 5	盗品等有償処分あっせん罪の成立時期	131
論点 6	盗品等有償処分あっせん罪と詐欺罪の関係	131
論点 7	盗品等関与罪の客体の同一性	132
論点 8	「建造物」の意義	132
論点 9	建造物損壊罪における「損壊」の意義	132

第2章 社会的法益に対する罪 133

1	放火罪	133
論点 1	「焼損」の意義（独立燃焼説）	133
論点 2	難燃性建物の場合における「焼損」の意義	133
論点 3	現住建造物の一体性判断	134
論点 4	「公共の危険」の意義	135
論点 5	「公共の危険」の認識の要否（自己所有物の場合）	135
論点 6	「公共の危険」の認識の要否（110条1項の場合）	136
2	取引の安全に対する罪	137
論点 1	「作成者」の意義	137
論点 2	名義人の実在の要否	137

論点 3	写真コピーの「文書」性	138
論点 4	事実証明に関する文書の意義	138
論点 5	公文書偽造罪における「偽造」の程度	139
論点 6	補助公務員の作成権限	140
論点 7	虚偽公文書作成罪の間接正犯の成否	141
論点 8	代理人・代表者名義の冒用と私文書偽造	142
論点 9	名義人の承諾と私文書偽造罪の成否	143
論点 10	偽造公文書行使罪における「行使」の意義	144
論点 11	偽造通貨行使罪と詐欺罪との関係	145

第3章 国家的法益に対する罪 145

1	賄賂罪	145
論点 1	賄賂の意義	145
◆	未公開株の賄賂性	146
◆	社交儀礼と賄賂罪	146
論点 2	一般的職務権限に属する行為	147
論点 3	職務密接関連行為	147
論点 4	再選後の職務と賄賂罪の成否	147
論点 5	抽象的職務権限の変更と賄賂罪の成否	148
論点 6	収賄罪と恐喝罪の関係	149
論点 7	公務員の恐喝行為が行われた場合の贈賄罪の成否	150
2	公務執行妨害罪	150
論点 1	「職務を執行するに当たり」(95条1項)の意義	150
論点 2	職務の適法性の要否	150
論点 3	職務の適法性の判断主体と基準時	151
論点 4	職務の適法性についての錯誤の処理	151
論点 5	公務執行妨害罪における「暴行」	152
3	犯人蔵匿及び証拠隠滅の罪	152
論点 1	「罪を犯した者」(103条)の意義	152
論点 2	身代り犯人と犯人隠避罪の成否	153
論点 3	犯人自身による犯人蔵匿等罪の教唆	153
論点 4	105条の適用の有無(親族が第三者を教唆した場合)	154
論点 5	105条の適用の有無(第三者が親族を教唆した場合)	154
論点 6	105条の適用の有無(犯人が親族を教唆した場合)	155
論点 7	親族が犯人に犯人蔵匿等を教唆した場合	155
論点 8	捜査段階における参考人の隠匿と証拠隠滅罪の成否	156
論点 9	参考人の虚偽供述と証拠偽造罪の成否	156
論点 10	内容虚偽の供述調書の作成と証拠偽造罪の成否	157
論点 11	自己と共犯者に共通の証拠の隠滅行為	157
論点 12	第三者が犯人に証拠隠滅を教唆した場合	158
4	偽証罪・虚偽告訴罪	158
論点 1	偽証罪における「虚偽の陳述」の意義(主観説)	158
論点 2	犯人自身による偽証教唆	158
論点 3	虚偽告訴罪における「虚偽」の意義	159
論点 4	架空人に対する虚偽告訴罪の成否	159

第1編 刑法総論

第1章 構成要件

1 実行行為

論点1 不真正不作為犯の実行行為性

《問題提起》

不作為に、～罪が成立しないか。不作為が～罪の実行行為といえるかが問題となる。

《論証》

実行行為とは、構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為をいうところ、不作為もこのような危険性を有する場合があるから実行行為たり得る。

もともと、あらゆる不作為が実行行為といえるとする、行動の自由を制約する度合いが大きくなり、刑法の自由保障機能を害する。

そこで、不作為が実行行為といえるためには、作為との構成要件的同価値性が認められる場合に限定すべきである。

具体的には、①作為に出て構成要件的结果発生を防止すべき義務（作為義務）と、②作為の可能性・容易性が認められる場合に、その不作為が作為義務違反として、実行行為となると解する。

①の判断は、法令、契約、先行行為、保護の引受け・排他的支配等の事情を総合考慮して行う。

旧司平 16-1, 平 22-1

司平 22, 26

最決平 17.7.4/百選 I [第7版] [6]

⇒定 p. 16

- * 判例（最決平 17.7.4/百選 I [第7版] [6]）では、「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」こと（先行行為）、「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」こと（保護の引受け、排他的支配）を根拠に、被告人に「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（作為義務）があったと認定している。
- * 不作為の実行行為性が認められた場合は、結果との間の因果関係が問題となる（⇒p. 14）。

論点2 間接正犯の実行行為性

<p>《問題提起》</p>
<p>他人を道具のように利用して犯罪を実現する場合に、他人を利用する行為が実行行為といえるか。</p>
<p>《論証》</p>
<p>他人を利用する場合でも、直接正犯と同様に自ら実行行為を行ったと評価できる場合には、他人を利用した者も正犯といえる。</p> <p>そして、実行行為とは、構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為をいうから、①被利用者を一方的に利用・支配して特定の犯罪を自ら実現する意思があり、②被利用者の行為をあたかも道具のごとく一方的に利用・支配し、被利用者の行為を通じて一定の構成要件を実現する場合に、他人を利用する行為も構成要件的结果発生の現実的危険性を有すると評価でき、実行行為といえるものと解する。</p>

旧司昭 59-1, 平 18-1
 予平 29
 ⇒定 p. 17

関連論点

◆ 意思を抑圧された者の利用

<p>《問題提起》</p>
<p>甲は、顔にタバコの火を押し付けたり、ドライバーで顔をこすったりして甲の意のままに従わせていた12歳の養女乙に命じて、窃盗を行わせた。甲が乙を利用する行為に窃盗罪（235条）が成立するか。甲が乙を利用する行為が窃盗罪の実行行為といえるかが問題となる。</p>
<p>《論証》</p>
<p>（『論点2 間接正犯の実行行為性』を論じる。）</p> <p>甲としては、窃盗を意図して乙をして窃盗を行わせようとしているので、乙を一方的に利用・支配して特定の犯罪を自ら実現する意思がある（①）。</p> <p>また、乙は甲から顔にタバコの火を押し付けられたり、ドライバーで顔をこすられたりしており、甲の日頃の行動に畏怖し意思を抑圧されていたと評価できる。</p> <p>したがって、甲は乙を自己の意のままに従わせていたのであり、乙は自由な意思決定をすることが期待できない状況にあったといえるから、甲は乙の行為を一方的に利用・支配して窃盗を行わせている（②）。</p> <p>よって、甲が乙を利用する行為は、構成要件的结果発生の現実的危険性を有すると評価でき、窃盗罪の実行行為といえる。</p>

最決昭 58.9.21 / 百選 I
 [第7版] [74]

* 判例（最決平 13.10.25）は、母親が12歳の長男に命じて強盗をさせた事例において、母親の指示命令は長男の意思を抑圧するに足るものではなく、長男は臨機応変に対処して強盗を行ったとして、母親に強盗罪の共謀共同正犯の成立を認めている。

このように、意思の抑圧の有無が間接正犯と共謀共同正犯の区別の基準となる。

◆ 過失犯の利用

<p>《問題提起》</p>
<p>医師甲が患者Vを毒殺しようと、事情を知らない看護師乙に毒入りの注射をさせた。看護師乙は注意すれば、注射の中身が毒であることに気付くことができ、気付く義務もあった。医師甲に殺人罪（199条）が成立するか。甲が乙を利用する行為が殺人罪の実行行為といえるかが問題となる。</p>
<p>《論証》</p>
<p>（『論点2 間接正犯の実行行為性』を論じる。）</p> <p>甲としては、Vの殺害を意図して事情を知らない乙をしてVに毒入りの注射をさせようとしているので、乙を一方的に利用・支配して特定の犯罪を自ら実現する意思がある（①）。</p> <p>また、乙には過失があるとはいえ、殺人という犯罪事実の認識はなく、これについて規範的障害があるとはいえ、甲に抵抗することは想定できない。</p> <p>したがって、甲は乙の行為を一方的に利用・支配して毒入りの注射をさせ、殺人罪の構成要件的结果を実現しているといえる（②）。</p> <p>よって、甲が乙を利用する行為は、構成要件的结果発生の現実的危険性を有すると評価でき、殺人罪の実行行為といえる。</p>

旧司平 18-1
予平 29

◆ 異なる故意犯の利用

<p>《問題提起》</p>
<p>甲は、Vが屏風の背後にいることを知りながら、事情を知らない乙に屏風をけん銃で撃つと命じ、Vを殺害した。甲に殺人罪（199条）が成立するか。甲が乙を利用する行為が殺人罪の実行行為といえるかが問題となる。</p>
<p>《論証》</p>
<p>（『論点2 間接正犯の実行行為性』を論じる。）</p> <p>甲としては、Vの殺害を意図して事情を知らない乙をしてVをけん銃で殺害しようとしているので、乙を一方的に利用・支配して特定の犯罪を自ら実現する意思がある（①）。</p> <p>また、乙には、器物損壊罪（261条）の故意があるとはいえ、殺人という犯罪事実の認識はなくこれについて規範的障害があるとはいえないから、殺人罪に当たる部分に関し抵抗することは想定できない。</p> <p>したがって、甲は乙の行為を一方的に利用・支配してけん銃を発射させることで、Vに対する殺人罪の構成要件的结果を実現しているといえる（②）。</p> <p>よって、甲が乙を利用する行為は、構成要件的结果発生の現実的危険性を有すると評価でき、殺人罪の実行行為といえる。</p>

* 乙には器物損壊罪（261）と、過失があれば過失致死罪（210）が成立し、甲には器物損壊罪の教唆犯（61I）と殺人罪の間接正犯が成立することになる。

◆ 故意ある幫助的道具の利用

<p>《問題提起》</p>
<p>商社の輸入担当者甲が部下の乙に命じて禁制品を国内に持ち込ませた。乙が自分のためではなく、もっぱら甲の犯行を助ける意思で関わっていた場合、甲に禁制品輸入罪が成立するか。甲の乙を利用する行為が禁制品輸入罪の実行行為といえるかが問題となる。</p>
<p>《論証》</p>
<p>(『論点2 間接正犯の実行行為性』を論じる。)</p> <p>甲としては、部下である乙を利用して、禁制品の運搬輸送を行おうとしているから、上司である地位を用いることで乙を一方的に利用・支配して特定の犯罪を自ら実現する意思がある (①)。</p> <p>もっとも、乙は自ら禁制品輸入罪に当たる行為をする故意があり、客観的にも構成要件を満たす行為を行っているから、当該犯罪の規範に直面しているため道具と評価することはできないとも思える。</p> <p>しかし、被利用者自ら実行行為を行っていたとしても、その行為が単なる機械的事務処理者としてなされたにすぎない場合には、利用者はなお被利用者の行為を道具として一方的に利用・支配していると評価できる。</p> <p>甲は上司であるという地位を用い、部下であることから命令に逆らうことが困難な乙に命じ、禁制品の運搬輸送を行わせている。乙は禁制品輸入罪を自分のために行うという意味はなく、単に甲の命令に従い機械的事務処理者としてその犯罪に関与したにすぎない。そうだとすれば、なお乙は道具として甲に一方的に利用・支配されて禁制品輸入罪の構成要件的结果を実現したものと見える (②)。</p> <p>よって、甲が乙を利用する行為は、構成要件的结果発生の現実的危険性を有すると評価でき、禁制品輸入罪の実行行為といえる。</p>

最判昭 25.7.6

- * 故意ある幫助的道具とは、被利用者に完全な故意があり、客観的には構成要件を実現する行為をしているが、その行為を自分のためにしようという意思(正犯意思)がなく、他人のために行おうという意思しかない者をいう。
- * 乙に故意がある以上、道具性を否定して、乙に直接正犯、甲に教唆犯が成立するというのが多数説であるが、判例(最判昭 25.7.6, 横浜地川崎支判昭 51.11.25)は、上記論証と同様の判断を行っている。

◆ 身分なき故意ある道具の利用

<p>《問題提起》</p>
<p>公務員甲は、非公務員の妻乙に、事情を明かして賄賂を受け取らせた。公務員甲に収賄罪(197条1項)が成立するか。甲の他人を利用する行為が収賄罪の実行行為といえるかが問題となる。</p>
<p>《論証》</p>
<p>(『論点2 間接正犯の実行行為性』を論じる。)</p> <p>甲としては、妻である乙をして賄賂を受け取らせようとしているので、乙を利用・支配して特定の犯罪を自ら実現する意思がある (①)。</p>

確かに、非公務員である乙も公務員甲から事情を明かされており、甲との関係で賄賂を受け取れば違法となることは十分わかまえているのであるから、非身分者である乙には規範的障害があるとも思える。

しかし、収賄罪は公務員という一定の身分を持つ者だけを処罰の対象とする身分犯であり、同罪の規範はこのような身分者に対してのみ向けられているといえる。

そうだとすれば、非身分者には、道徳的規範はともかく法的規範は与えられていない。

したがって、非身分者乙には規範的障害がなく、甲は乙の行為を一方的に利用・支配して、賄賂を受け取らせ、収賄罪の構成要件の結果を実現しているといえる(②)。

よって、甲が乙を利用する行為は、構成要件の結果発生の現実的危険性を有すると評価でき、収賄罪の実行行為といえる。

- * 甲と乙を共同正犯とする見解も有力である。これは、乙には規範的障害があることを前提に②を否定した上で、65条1項の「共犯」に共同正犯も含まれるという解釈をとる立場である。

◆ 目的なき故意ある道具の利用

《問題提起》

甲は、印刷業を営む乙に、教材として使用するだけであると嘘をつき、偽札を作成させた。甲に通貨偽造罪(148条1項)が成立するか。甲の他人を利用する行為が通貨偽造罪の実行行為といえるかが問題となる。

《論証》

(『論点2 間接正犯の実行行為性』を論じる。)

甲は、真意を知らない乙を利用して偽札を作成させていることから、乙を一方的に利用・支配して特定の犯罪を自ら実現する意思がある(①)。

また、乙は、甲から教材として使用するだけであると嘘をつかれており、その真意を把握していないのであるから、通貨偽造罪という犯罪事実の認識はなく、これについて規範的障害があるとはいえない。

そうだとすれば、甲は乙の行為を一方的に利用・支配して、通貨偽造罪の構成要件の結果を実現しているといえる(②)。

したがって、甲が乙を利用する行為は、構成要件の結果発生の現実的危険性を有すると評価でき、通貨偽造罪の実行行為といえる。

◆ 適法行為者の利用

<p>《問題提起》</p>
<p>甲は、乙の正当防衛を利用してVを殺害しようと考え、Vを誘導して乙に襲い掛からせたところ、甲の目的通り乙はVに対して正当防衛行為をし、これを死亡させた。甲に殺人罪（199条）が成立するか。甲の他人を利用する行為が殺人罪の実行行為といえるかが問題となる。</p>
<p>《論証》</p>
<p>（『論点2 間接正犯の実行行為性』を論じる。）</p> <p>甲は、甲の意図を知らない乙の、構成要件に該当するが違法性を阻却されるような行為を利用して目的を実現していることから、乙を一方的に利用・支配して特定の犯罪を自ら実現する意思がある（①）。</p> <p>また、乙はVから襲われたのに対し、正当防衛行為を行ったに過ぎず、甲の意図した殺人罪という犯罪事実の認識はない以上、これについて規範的障害があるとはいえない。</p> <p>そうだとすれば、甲は乙の行為を一方的に利用・支配して、殺人罪の構成要件的结果を実現しているといえる（②）。</p> <p>したがって、甲が乙を利用する行為は、構成要件的结果発生の現実的危険性を有すると評価でき、殺人罪の実行行為といえる。</p>

大判大 10.5.7
最決昭 44.11.11

論点3 行為の一体性の判断

<p>《問題提起》</p>
<p>複数の行為を一連の行為として、～罪の成立を認めることができるか。いかなる場合に複数の行為を一連の行為と評価することができるか、その判断基準をいかに解すべきかが問題となる。</p>
<p>《論証》</p>
<p>複数の行為を一連の行為と評価するのは例外的な場合であるから、1個の行為と評価することが可能で、かつ、必要性・合理性があるときに限られるべきである。</p> <p>そして、行為は客観と主観の統合体であることから、複数の行為が客観的にも主観的にも関連性が強い場合、すなわち、複数の行為が1つの意思決定に基づいて同一法益に対しなされたものである場合には一連の行為と評価することができるものと解する。</p> <p>具体的には、客観的に①法益の同一性、②時間的場所的接着性、③行為態様の同一性が認められ、主観的に④意思の連続性が認められることを要する。</p>

* 行為の一体性と過剰防衛が問題となる場合には、不正の侵害の継続性、防衛の意思の連続性も判断要素となる（⇒p.29）。

司法試験

合格答案作成講座・定義集
刑法

本教材の特長

本教材は、予備試験、司法試験、法科大学院入試で出題される論文式試験問題において、合格に必要な十分な解答をするためには、どのような知識を備えておく必要があるのか、その最低限の範囲を提示したものです。

効率的に知識を整理するためのツールとして、本教材をご利用ください。

1 論文式試験に役立つ知識を網羅的に掲載

定義、趣旨、要件、効果など、論文式試験で直接問われる知識を網羅的に掲載しています。

また、必ずしも論文式試験では直接問われることのない知識であっても、問題を検討する際の思考過程で役に立つであろう知識については、積極的に取り上げることとしました。

2 知識の整理・定着に最適のマーク

語句や事項を記載した左欄の網かけ部分には、**定義**、**趣旨**などのマークを付記しました。このマークは、当該語句（事項）について押さえておくべき内容を示しています。「**定義**のみであれば定義を理解しておけば充分」、**定義**、**趣旨**とあれば、定義だけでなく趣旨から理解しておくべきワードである」というように、復習の際にメリハリ付けを行うことで、より効率的な知識の整理・定着を図ることができます。

3 論証集と完全リンク

語句（事項）の定義や制度の趣旨は、論文式試験において具体的にどのような形で問われるのかを意識しながら学習していただくため、論証集における関連箇所につき、該当ページを「⇒論 p.〇〇」と表記しています。また、本教材内での関連箇所については、該当ページを「⇒p.〇〇」と表記しています。

合格答案作成講座・定義集

刑法

目次

第1部 刑法総論

第1編 刑法及び犯罪論の基礎	3
第1章 刑法の基礎理論	3
◆刑法の意義	3
◆「刑法」の分類	3
◆自然犯と法定犯の区別	3
◆刑法の役割	3
◆刑罰の正当化根拠	4
第2章 罪刑法定主義	5
◆罪刑法定主義の内容	5
◆罪刑法定主義の派生原則	5
第3章 刑法の適用範囲	6
◆時間的適用範囲	6
◆場所的適用範囲	7
第4章 犯罪の概念	8
◆犯罪の概念・成立要件	8
◆処罰条件及び処罰阻却事由	8
第2編 構成要件該当性	9
第1章 構成要件要素	9
◆構成要件要素	9
◆客観的構成要件要素	10
◆行為の主体（法人，身分犯）	11
◆行為の結果と犯罪の分類	12
◆主観的構成要件要素	13
◆主観的構成要件要素による犯罪の分類	14
◆構成要件の確定に関する特殊問題	14
第2章 実行行為	16
◆実行行為	16
◆不作為犯	16
◆間接正犯	17
第3章 因果関係	18
◆因果関係の意義	18
◆因果関係論	18

第4章 故意（構成要件の故意）	20
◆構成要件の故意の要素	20
◆故意の種類	20
◆事実の錯誤の意義	21
◆事実の錯誤の処理に関する一般的基準	23
第5章 過失（構成要件の過失）	24
◆過失犯の本質と成立要件	24
◆構成要件の過失の特殊形態	24
◆過失犯に関する諸問題	25
第3編 違法性	26
第1章 違法性の実質	26
◆違法性の概念	26
◆違法性の実質	26
◆違法性阻却事由	26
第2章 正当行為・被害者の同意	28
◆正当行為	28
◆その他の正当行為	28
◆被害者の同意	30
第3章 正当防衛	32
◆正当防衛の意義と成立要件	32
◆正当防衛の限界	33
第4章 緊急避難	35
◆緊急避難の意義と成立要件	35
◆緊急避難の限界	36
第4編 責任	38
第1章 責任の意義・要素	38
◆責任の意義と責任主義	38
◆責任の要素	38
◆原因において自由な行為	40
第2章 違法性の意識と法律の錯誤	41
◆違法性の意識	41
◆法律の錯誤	41
◆違法性阻却事由の錯誤	42
第5編 未遂犯	43
第1章 未遂犯と不能犯	43
◆実行の着手	43
◆不能犯	43
第2章 中止犯	45
◆中止犯の意義と刑の減免の根拠	45
◆中止犯の成立要件	45

第 6 編 共犯	47
第 1 章 総説	47
◆ 正犯と共犯.....	47
◆ 共犯.....	48
第 2 章 共同正犯	49
◆ 共同正犯の本質，成立要件.....	49
◆ 行為共同説と犯罪共同説.....	50
◆ 共犯関係からの離脱（共犯関係の解消）.....	51
◆ 承継的共同正犯.....	52
◆ 過失犯の共同正犯，結果的加重犯の共同正犯.....	52
◆ 予備罪の共同正犯，不作為の共同正犯.....	53
第 3 章 狭義の共犯	54
◆ 狭義の共犯の処罰.....	54
◆ 狭義の共犯の従属性.....	54
◆ 教唆犯.....	55
◆ 幫助犯.....	55
第 4 章 共犯の諸問題	56
◆ 共犯と身分.....	56
◆ 共犯の錯誤.....	57
第 7 編 罪数・刑罰論	58
第 1 章 犯罪の成立と個数	58
◆ 罪数論の意義.....	58
◆ 一罪と数罪.....	58
◆ 単統一罪，法条競合.....	59
◆ 包括一罪.....	59
第 2 章 犯罪の競合	61
◆ 犯罪の競合と基本的処理.....	61
第 3 章 刑罰の意義と種類	62
◆ 刑罰の意義.....	62
第 4 章 刑の適用	64
◆ 法定刑・処断刑・宣告刑.....	64
◆ 刑の加重事由.....	64
◆ 刑の減輕事由.....	65
◆ 執行猶予.....	65
◆ 刑罰権の消滅.....	68

第2部 刑法各論

第1編 個人的法益に対する罪	71
第1章 生命に対する罪	71
◆殺人の罪	71
◆堕胎の罪	72
◆遺棄の罪	73
第2章 身体に対する罪	75
◆傷害の罪	75
◆過失傷害罪・過失致死罪	77
◆危険運転致死傷罪	78
第3章 自由に対する罪	80
◆脅迫の罪	80
◆逮捕及び監禁の罪	81
◆略取・誘拐の罪	81
◆性的自由に対する罪	84
◆住居侵入罪	87
第4章 人格的法益に対する罪	88
◆秘密に対する罪	88
◆名誉に対する罪	89
第5章 信用及び業務に対する罪	91
◆信用及び業務に対する罪	91
第6章 財産犯総説, 窃盗罪・強盗罪	93
◆財産犯総説	93
◆窃盗罪	94
◆強盗罪	97
◆準強盗罪	98
◆強盗致死傷罪等	100
第7章 詐欺罪・恐喝罪	102
◆総説, 詐欺罪・準詐欺罪	102
◆電子計算機等使用詐欺罪	104
◆恐喝罪	106
第8章 横領罪・背任罪	107
◆横領罪	107
◆占有離脱物横領罪(遺失物等横領罪)	108
◆背任の罪	109
第9章 盗品等に関する罪・毀棄及び隠匿の罪	110
◆盗品等に関する罪(盗品等関与罪)	110
◆毀棄及び隠匿の罪	111

第2編 社会的法益に対する罪	113
第1章 放火・失火の罪	113
◆総説，放火罪	113
◆延焼罪・失火罪等	116
第2章 文書偽造の罪	117
◆総説	117
◆文書偽造の罪	118
第3章 通貨偽造の罪・有価証券偽造の罪・その他	122
◆通貨偽造の罪	122
◆有価証券偽造の罪	124
◆支払用カード電磁的記録に関する罪	125
◆不正指令電磁的記録作成等の罪	126
第4章 風俗に対する罪	128
◆総説，わいせつ・重婚の罪	128
◆賭博・富くじに関する罪，礼拝所・墳墓に関する罪	129
第3編 国家的法益に対する罪	130
第1章 賄賂罪	130
◆総説，収賄罪	130
◆贈賄罪，没収・追徴	132
第2章 公務の執行を妨害する罪	133
◆総説，公務執行妨害罪	133
第3章 犯人蔵匿罪・証拠隠滅罪	135
◆犯人蔵匿・証拠隠滅罪	135
第4章 その他の国家的法益に対する罪	136
◆逃走の罪	136
◆偽証の罪，虚偽告訴の罪	137

第 1 部

刑 法 総 論

第1編 刑法及び犯罪論の基礎

第1章 刑法の基礎理論

◆ 刑法の意義

1	実質的意義における刑法 <u>定義</u>	【定義】 犯罪とそれに対する法効果としての刑罰を定めた法規
2	形式的意義における刑法 <u>定義</u>	【定義】 「刑法」という名前を持つ法律

◆ 「刑法」の分類

1	一般刑法 <u>定義</u>	【定義】 全刑罰法規の基本法という意味での刑法典
2	広義の特別刑法 <u>定義</u> <u>種類</u>	【定義】 刑法典を除く他の刑罰法規 【種類】 (1) 狭義の特別刑法 軽犯罪法，売春防止法のように，刑法典の付属的・補充的性格をもつ刑罰法規 (2) 行政刑法 道路交通法や国家公務員法のように，一定の行政上の取締目的のために，特定の行為を禁止して罰則を設けた刑罰法規

◆ 自然犯と法定犯の区別

1	自然犯 <u>定義</u>	【定義】 当該犯罪行為が法律以前に道徳的に悪いとされる犯罪
2	法定犯 <u>定義</u>	【定義】 法規の定め違反するが故に犯罪性・反道義性が生じる犯罪

◆ 刑法の役割

1	規制的功能 <u>定義</u>	【定義】 犯罪に対する規範的評価を明らかにし，人の行為を規制又は規律する機能
2	社会秩序維持機能 <u>定義</u>	【定義】 刑法が社会秩序を維持するために役立つこと

3	法益保護機能 定義 内容	【定義】 刑法の規範によって法益を保護する機能 【内容】 (1) 一般予防機能 社会の一般人を犯罪から遠ざける機能 (2) 特別予防機能 特定の者に対して将来犯罪を行わないようにする機能
	自由保障機能 定義	【定義】 一定の行為を犯罪とし、これに一定の刑罰を科すことを明示することで、国家の刑罰権の恣意的な行使を制限し、もって刑罰権の恣意的な行使から一般国民及び犯罪者の人権を保障する機能 ⇒論 p.1, 61

◆ 刑罰の正当化根拠

1	応報刑論（応報刑主義） 定義	【定義】 刑罰は、犯罪に対する応報として科せられるという考え方
2	一般予防論 （一般予防主義） 定義	【定義】 刑罰は、これを科すことにより社会の一般人を威嚇し、将来における犯罪を予防するためにあるとする考え方
3	特別予防論 （特別予防主義） 定義	【定義】 刑罰は、これを科すことにより犯人自身が再び犯罪に陥ることを予防するためにあるとする考え方

第2章 罪刑法定主義

◆ 罪刑法定主義の内容

1	罪刑法定主義 (憲 31) 定義 内容	【定義】 いかなる行為が犯罪となり、それに対していかなる刑罰が科せられるかについて、あらかじめ成文の法律によって明確に規定されていることを要するという刑法の基本原則 【内容】 (1) 罪刑の法定 (憲 31) (2) 類推解釈の禁止の原則 (3) 遡及処罰の禁止の原則 (憲 39 前段)
2	罪刑の法定 (成文法主義) 定義 内容	【定義】 犯罪と刑罰は、国民の代表である国会の議決によって制定された狭義の法律をもって明示されなければならないということ 【内容】 (1) 慣習刑法の排除 犯罪と刑罰は法律の形式により明文で規定することを要し、刑法の法源として慣習法を認めない (2) 絶対的不定期刑 (刑種又は刑量を全く定めない刑) の禁止
3	類推解釈の禁止の原則 定義	【定義】 刑法に規定のない事項に対し、これと類似の性質を有する事項に関する法規を適用することは許されないという原則 cf. 拡張解釈
4	遡及処罰の禁止の原則 (憲 39 前段) 定義	【定義】 刑法はその施行の時点以後になされた犯罪行為に対して適用され、施行前の犯罪に対し、遡って適用されることはないという原則

◆ 罪刑法定主義の派生原則

1	明確性の原則 (憲 31) 定義	【定義】 刑罰法規が、できるだけ具体的であり、かつ、その意味するところが明確でなければならず、刑罰法規の内容があいまい不明確なため、通常の判断能力を有する一般人の理解において刑罰の対象となる行為を識別することができない場合には、罪刑法定主義に反し、そのような刑罰法規は憲法 31 条に違反し無効とする原則
2	罪刑均衡の原則 定義	【定義】 刑罰の内容又は程度が、単に形式的に法定されているだけでは足りず、犯罪の害悪に見合った合理的なものであることを要求するという原則

第3章 刑法の適用範囲

◆時間的適用範囲

1	時間的適用範囲 意義	【意義】 刑法の効力が開始する時点から、失効する時点までの範囲
2	時間的適用範囲の原則 概説 内容	【概説】 当該法律の施行のときから廃止のときまで適用される。 【内容】 (1) 刑法は、その施行の時点以後になされた犯罪行為に対して適用され、施行前の行為に遡って適用されることはない（遡及処罰禁止の原則）。 ＊ 例外として、刑法6条の特則がある。 (2) 犯罪行為がなされた時点では刑法が有効であっても、裁判時までになされた場合に廃止された場合には、その行為を処罰することができない。 ＊ 例外として、経過規定、限時法がある。
3	刑法6条の特則 内容	【内容】 犯罪後（実行行為の終了後）の法律の改正により刑の重さに変化があった場合には、行為時法・裁判時法（裁判のときに有効な法律）・中間時法（行為時法と裁判時法との中間に更に法律改正があった場合、その法律）のうち、いずれか軽いものを比較（新旧比照）して、最も軽いものを適用する。
4	経過規定 内容	【内容】 犯罪行為後に当該刑法が廃止された場合であっても、「罰則の適用については、なお従前の例による。」旨の経過規定を置くことで、廃止前の犯罪行為を廃止後に処罰可能となる。
5	限時法 定義 内容	【定義】 あらかじめ一定の有効期間を限って制定された法律 【内容】 当該刑法が限時法の性質を有する場合、失効期間直前になされた犯罪行為を実質的に処罰できなくなるため、その有効期間内になされた行為については、その規定が失効した後もこれによる処罰を認められるとする見解（限時法の理論）がある。 実際には、「失効後も罰則の適用については、なお従前の例による。」旨の追求規定が置かれることで解決される。

◆ 場所的適用範囲

1	場所的適用範囲 【意義】	【意義】 刑法の効力が及ぶ地域のことをいうが、犯罪の性質に応じ、異なった取扱いがなされる。
2	国内犯の処罰（1） 【内容】	【内容】 刑法は、日本国内（領土・領海・領空内）において犯された犯罪については、犯人の国籍を問わず適用されるのが原則である（属地主義，1Ⅰ）。 日本国外にある日本船舶又は日本航空機内の犯罪は、日本国内の犯罪に準ずる（1Ⅱ）。
3	国外犯の処罰（3） 【内容】	【内容】 刑法は、日本国民が、日本国外において、刑法3条に列挙された一定の重大な罪を犯した場合にも適用される（属人主義）。
4	日本国民以外の者の国外犯の処罰（3の2） 【内容】	【内容】 刑法は、日本国民以外の者が、日本国外において、日本国民に対し、刑法3条の2に列挙された一定の重大な罪を犯した場合にも適用される（消極的属人主義）。
5	日本の国家的利益を害する国外犯の処罰（2） 【内容】	【内容】 刑法は、日本国外において、刑法2条に列挙された日本国国益を害する一定の重大な罪を犯した場合にも適用される（保護主義）。
6	日本国公務員の国外犯の処罰（4） 【内容】	【内容】 刑法は、日本国公務員が、日本国外において、刑法4条に列挙された一定の重要な職務犯罪を犯した場合にも適用される。
7	包括的国外犯処罰（4の2） 【内容】	【内容】 刑法2条から4条の規定では処罰できない国外犯につき、国外で犯された刑法各則に規定された罪について、特に条約により我が国で処罰すべきものとされているものについては、刑法が適用される（4の2・世界主義）。

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2018 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU18409