

刑法論証集

目次

第 I 部	総論	2
1	因果関係	2
2	不作為犯	2
3	正当防衛	3
4	緊急避難	4
5	過剰防衛・誤想防衛・誤想過剰防衛	4
6	事実の錯誤	4
7	原因において自由な行為	5
8	未遂犯	6
9	中止犯	6
10	共犯	7
第 II 部	各論	7
11	住居侵入罪（刑法 130 条）	7
12	名誉毀損罪（刑法 230 条）	8
13	窃盗罪（刑法 235 条）	9
14	強盗罪（刑法 236 条）	10
15	事後強盗罪（刑法 238 条）	11
16	詐欺罪（刑法 246 条）	12
17	放火罪	12
18	文書偽造罪	13
19	公務執行妨害罪（刑法 95 条）	13

第Ⅰ部 総論

1 因果関係

行為と結果との間に事実的因果関係は認められるが、同時に介在事情も存在するため、法的因果関係を認めてよいのかが問題となる。

法的因果関係は、偶然的な帰責範囲を防ぐために要求される。これは、客観的に存在する全ての事情を判断資料とし、実行行為の危険が結果へと現実化したか否かによって判断される。

2 不作為犯

2.1 作為義務

3

2.1.1 ロング

ここで刑法199条は「人を殺」す行為について規定しているが、不作為義務に反して作為をすることと、作為義務に反して作為は同視可能であるから、そうした不作為によって構成要件的結果を惹起したのであれば、当該不作為は構成要件で予定される態様として考えることができるので、不作為を処罰することも可能である。

作為義務の有無は、作為との同視可能性の観点から判断される。作為による法益侵害は、結果に至る因果の流れを設定し、これを実質的に支配することに特徴がある。したがって、作為義務を認めるためには、不作為者による結果原因の支配が認められることが必要である。加えて、偶然的に支配を獲得した場合を除くため、保護の引受け、先行行為や客体との社会的関係性等を考慮することが必要である。

2.1.2 ショート

作為義務の有無は、作為との同視可能性の観点から結果原因の支配を基礎として、偶然的な支配の獲得の場合を除くため、保護の引受け、先行行為や客体との社会的関係性等を考慮して判断する。

3 正当防衛

3.1 急迫不正の侵害（正当防衛状況）

3.1.1 急迫不正の侵害

「急迫不正の侵害」とは、不正な法益侵害が現に存在するか間近に押し迫っていることをいう。

そして、正当防衛は、公的機関による保護が期待できない緊急状況において例外的に認められるものであるから、行為者が侵害を予期した上で①対抗行為に出た場合、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況から「緊急状況」と認められない場合は、急迫性が否定される¹⁾。

3.1.2 自招侵害（侵害を予期していない場合）

正当防衛は、公的機関による保護が期待できない緊急状況において例外的に認められるものであるから、①不正の行為により自らそれと一体の侵害を招いたときは、②招致行為と侵害が緩やかな均衡を保つ限り、緊急状況性が否定され、正当防衛は成立しない²⁾。

3.2 防衛の意思

刑法36条の「防衛するため」という文言から、正当防衛の意思が必要である。防衛の意思とは、急迫不正の侵害を認識しつつ、これを避けようとする単純な心理状態をいう。

（攻撃の意思が併存する場合）防衛の意思は攻撃の意思が併存していることを以て否定されるものではないが、専ら攻撃の意思で反撃を加える行為は、防衛の意思が認められず、正当防衛が否定される。

3.3 やむを得ずにした行為（相当性）

やむを得ずにした行為とは、反撃行為が防衛手段として必要最小限度のものであること、すなわち、反撃行為が防衛手段として相当性を有するものであることをいう。必要最小限度か否かは、可能な防衛手段の選択肢及び態様を考慮した上で具体的に判断する。

1) 最決平成29年4月26日形集71巻4号275頁

2) 最決平成20年5月20日形集62巻6号1786頁

4 緊急避難

4.1 やむを得ずした行為（補充性）

やむを得ずした行為とは、行ったひな行為よりも侵害性の小さな行為では危難を回避できること、すなわち、補充性が認めら得る行為をいう。

5 過剰防衛・誤想防衛・誤想過剰防衛

5.1 故意犯の成否

故意とは犯罪事実の認識・認容をいう。構成要件該当事実の認識によって故意が基礎付けられるのは、構成要件が違法性を基礎づける事実の類型であるからである。したがって、違法性阻却事由を基礎づける事実を認識している場合、行為者には違法性を基礎づける事実の認識に欠ける以上、故意は否定される。

そこで、行為者の認識を基礎として正当防衛が成立するかを検討する。

5.2 刑法36条2項準用・適用の可否

（故意の誤想過剰防衛の場合）誤想した侵害に対する反撃行為を行った行為者の主觀面は、現実に存在する侵害に対する過剰防衛の場合と同じであり、したがって、責任の限度もそれと同じだから、課すことができる刑は行為者の責任を限度とする以上、刑法36条2項を適用することができる。

急迫不正の侵害を誤想したことについて過失がある場合は、生じた結果について過失犯が成立しているから、36条2項によって刑の免除は認められない。

6 事実の錯誤

6.1 具体的事実の錯誤

故意とは、構成要件該当事実の認識及び認容をいうから、故意の認識対象として重要な事実は、特定の構成要件に該当するという事実であって、当該事実について認識・認容していれば故意が認められ、当該事実の具体手製についての錯誤は故意を阻却しないというべきである（抽象的法定符合説）。

6.2 抽象的事実の錯誤 | 重い罪の故意で軽い罪を実現した場合

事例

甲は窃盗の故意で A の財布を奪取したが、客観的には財布に対する A の占有は認められなかった。甲の罪責を論じなさい。

(占有離脱物横領罪の客観的構成要件該当性を論じて) 問題は、客観的に実現した遺失物等横領罪に対応する同罪の主観的要件が充足するか否かである。

構成要件に軽い罪の限度で重なり合いが認められれば、その限度で故意を認めることができる。

構成要件の重なり合いの有無は、構成要件が法益侵害行為の類型であることから、行為態様と保護法益の共通性によって判断する。

占有離脱物横領罪の保護法益は財物に対する「所有権」であり、窃盗罪の保護法益は、財物に対する「占有及び所有権」であるから、両者は「所有権」の限度で重なり合いが認められる。また、両罪の実行行為も、他人の財物を不正に取得する点で共通する。したがって、両罪の構成要件は軽い占有離脱物横領罪の限度で実質的に重なり合っているといえるから、甲には遺失物横領罪の故意が認められる。

また、不法領得の意思も認められる。

以上より、占有離脱物横領罪の主観的要件を充足するから、甲には同罪が成立する。

7 原因において自由な行為

結果行為が特定の構成要件に該当して犯罪が成立する。刑法 39 条によって不可罰 or 必要的減輕がされる。

↓

もっとも、原因行為の時点では完全な責任能力があったにもかかわらず、結果行為に 39 条 2 項を一律に適用することは不当であるとも思われる。そこで、原因行為時には責任能力があつたことに着目して、行為者の可罰性を肯定できいか。いわゆる原因において自由な行為の理論の適用の可否が問題となる。

ここで、責任とは犯罪行為に対する非難可能性である以上、責任能力は実行行為時に存在することが必要である（実行行為と責任能力の同時存在の原則）。

しかし、原因行為に実行行為性を肯定できる場合には、責任能力が問題となる時点を原因行為時に求めることができるため、当該時点で責任能力が備わっていれば、完全な責任を問うことが可能である。

行為者は、原因行為から結果行為を経て発生した結果について帰責されるから、原因行為には心神耗弱状態における結果行為を誘発して結果に至る危険性が認められなければならない。具体的には、①原因行為時の意思決定によって結果行為が支配されている場合か、②原因行為に結果行為を誘発する顕著な傾向がある場合には、そのような危険性を認めることができる。

↓

原因において自由な行為の法理が適用されて原因行為に実行行為性が認められる場合、故意犯が成立するためには、実行行為時=原因行為時に故意が必要である。故意が認められるためには、結果の認識に加えて、実行行為性や因果関係の認識が必要であるから、原因行為が心神喪失・精神弱状態での結果行為を誘発して結果に至る危険性の認識（=自らが心神喪失・耗弱に陥り、結果行為に出ることの認識）が必要である。

8 未遂犯

8.1 実行の着手

実行の着手は、刑法43条本文の「実行に着手して」という文言から、構成要件該当行為又はこれと密接に関連する行為が開始され、かつ、未遂犯の処罰根拠は、結果発生の具体的危険の惹起に求められるから、結果発生の具体的危険性が発生することが必要である。結果発生の危険性は、行為者の意思によって影響を受けるから、危険性の判断に当たっては、行為者の犯行計画も考慮する³⁾。

9 中止犯

9.1 中止行為（中止犯の客観的要件）

中止犯に刑の必要適減免が認められている根拠は、自己の意思で既遂の具体的危険を消滅させたときに刑のという報奨を特典として与え、法益保護を図るという政策的な意義にある。

中止行為といえるためには、当該行為が、発生した具体的危険を消滅させるに足る行為でなければならない⁴⁾。

3) ①必要不可欠性、②遂行容易性、③時間的場所的近接性を考慮する。最決平成16年3月22日形集58巻3号187頁（クロロホルム事件）参照。

4) 行為者の行為とは独立に結果に向けた因果の流れが進行している場合には、積極的な作為により危険を消滅させる必要がある。一方、結果発生が行為を継続するか否かにかかっている場合には、その行為を継続しないと

また、中止行為がなくても結果が発生しなかった場合には、特典を与えて中止を促す必要はないから、中止犯を認める前提に欠ける。したがって、中止行為と結果不発生との間に因果関係が必要である。

9.2 任意性

任意性は責任要素であるから、行為者の主觀を評価して判断されるが、その判断は、行為者の認識した事情が経験上一般に犯行の障害となるものか否かによってなされる⁵⁾。

9.3 予備罪と中止

予備罪について、中止未遂の規定（刑法 43 条ただし書き）の準用があるかが問題となるが、予備罪の法定刑には刑の免除を認めるものとそうでないものとが区別されており、中止犯に対する対応は予備罪の規定の内部に既に織り込み済みだと解される。したがって、準用を認める必要はない。

10 共犯

10.1 共謀共同正犯

ここで、刑法 60 条はその文言上、実行行為の有無によって共同正犯を区別していないし、共同正犯における「一部実行全部責任」という法的効果が導かれるのは、構成要件該当事実を共同で惹起するからであるから、構成要件該当事実惹起に重要な事実的寄与を果たすことにより構成要件該当事実全体の惹起が認められれば、実行行為の分担は必ずしも必要でないと考えることができる。

第 II 部 各論

11 住居侵入罪（刑法 130 条）

いう不作為によって危険は消滅する。

5) いわゆる客観説においても、認定の対象はあくまでも行為者の主觀免であることに注意。

11.1 「侵入」の意義

「侵入」とは管理権者の意思に反する立ち入りをいう。

12 名誉毀損罪（刑法 230 条）

12.1 名誉毀損罪の成立要件

名誉毀損罪は、「公然と事実を摘示し」、「人の名誉を毀損した」とときに成立する。

まず、公然とは、摘示された事実を不特定又は多数の人が認識しうる状態をいう。摘示される事実は、それ自体として人の社会的評価を低下させるような事実であり、かつ、真実性の証明の対象となりうる程度に具体的でなければならない。

次に、社会的評価が実際に低下したかを立証することは困難であるから、「人の名誉を毀損した」といえるためには、名誉侵害の抽象的危険が発生したことで足り、事実の適示によって名誉が現実かつ具体的に侵害されたことまでは要しない。

もっとも、名誉毀損罪は、摘示した事実が真実である場合にも成立しうるため、表現の自由との関係で問題が生じる。そこで、刑法 230 条の 2 は、名誉毀損行為が①「公共の利害に関する事実に係り」（事実の公共性）、②「その目的が専ら公益を図ることにあ」り（目的の公益性）、③摘示した事実が「真実であることの証明があったとき」（真実性の証明）は、これを罰しないとしている。

12.2 伝播性の理論

特定少数の者から、不特定または多数人に事実が広がる可能性があれば、公然性を認めうるという見解がある（伝播性の理論）。

この見解によれば、本問において、乙は、甲が自身の発言をそのまま用いて記事を作成する可能性を認識しつつ、甲に対して事実を摘示しているから、名誉毀損罪が成立しうる。

しかし、そのような見解は、事実の摘示を「公然と」行うことを求める文理に反する上、抽象的危険犯と解される名誉毀損罪の危険性がさらに抽象化されてしまうため、妥当でない。

12.3 目的の公益性

公共性を備えた事実の摘示を処罰しないという同条の趣旨から、目的の公益性は、客観的に公共性を備えた事実の摘示であるとの認識があれば足りると解する。

12.4 真実性の錯誤

真実性の証明に失敗しても、行為時に、行為者がその事実を真実であると誤信し、その誤信したことについて、確実な資料、証拠に照らし相当の理由があるときは、故意が阻却され、犯罪は成立しない⁶⁾。

13 窃盗罪（刑法 235 条）

13.1 他人の財物

「他人の財物」とは、「窃取」の客体であることから、他人の占有する他人の所有物を意味する。

13.2 窃取した

「窃取した」とは、他人が占有している財物を、占有者の意思に反して占有を侵害し、自己又は第三者の占有に移転させることをいう。

13.2.1 占有

占有とは財物に対する事実的支配を意味し、その存否の判断は、客観的な支配の事実と支配の意思を考慮して、社会通念に従って行う。

13.2.2 死者の占有

死者には占有の事実も占有の意思も観念できない以上、占有が認められないことから問題となる。

占有が認められなければ、当該財物は窃取の客体となりえないから、窃盗罪は成立しない。しかし、犯人が自ら被害者を殺害し占有を失わせることにより、被害者の占有する財物を占有離脱物に変えたのに、そのことにより後行行為の罪責が軽くなり、財物の占有が保護されなくなってしまうのは不当である。

そこで殺害行為（占有離脱行為）と取得行為の一体性が認められる場合には、当該行為者との関係においては、なお生前の占有が存続しているものとして罪責評価を行うべきである。

6) 最大判昭和 44 年 6 月 25 日形集 23 卷 7 号 975 頁。

13.3 不法領得の意思

不法領得の意思とは、①権利者を排除して、他人の物を自己の所有物と同様に（権利者排除意思）、②その経済的用法に従いこれを利用し処分する意思（利用処分意思）をいう。

権利者排除意思は、軽微な一時使用と窃盗罪を区別しながら、犯罪の成否を占有取得時に確定させ、既遂時期の明確性を担保するために要求される。

利用処分意思は、窃盗罪等の領得罪を毀棄罪から区別するために要求される。財物の効用を取得する意思是、犯行の強力な動機になることに加え、そうした動機で行われる行為については非難可能性が高まることから、毀棄罪よりも重い処罰を基礎づけることができる。もっとも、厳密な経済的用法に従う必要はなく、当該財物から直接的に何らかの効用を享受する意思があれば足りる。

14 強盗罪（刑法 236 条）

14.1 強盗罪における暴行・強迫の程度

強盗罪は相手方の意思に基づかず、財物を奪取する犯罪であって暴行・強迫はその手段であるから、強盗罪における暴行・脅迫とは、相手方の意思を抑圧する程度の者をいう。

14.2 犯行抑圧後の財物奪取

強盗罪は暴行・脅迫を手段として財物を奪取する犯罪であり、また、刑法 176 条 1 項や、刑法 177 条 1 項のように暴行・脅迫を受けた状態に乘じた場合の規定が強盗罪については存在しない。したがって、強盗罪における暴行・脅迫は、財物奪取の手段として行なわれる必要があるから、反抗抑圧状態を利用して財物を奪取しただけでは強盗罪は成立せず、財物奪取に向けた新たな暴行・脅迫が必要である。

ここで、必要とされる新たな暴行脅迫、既に犯行が抑圧されている者に対する暴行・脅迫であるから、通常の場合と比べて程度の低いものでよく、または抑圧状態を維持・継続させるもので足りると解される。

14.3 2 項強盗罪の「財産上不法の利益」

2 項強盗罪の客体である「財産上不法の利益」を安易に認めると、処罰範囲が不当に拡大することとなる。そこで、2 項強盗罪の成立を認めるためには、財産上の利益の移転が現実的かつ具体的なものである必要があると解すべきである。

14.4 強盗殺人罪（刑法 240 条）の法的性格

刑法 240 条は結果的加重犯としての規定形式を有するため、強盗犯人が殺意を持って被害者を殺害した場合（強盗殺人）であっても、刑法 240 条は適用されるかが問題となる。

ここで、仮に殺人罪と強盗致死罪の觀念的競合を認めると、死亡結果を二重に評価していくことになる上、強盗罪と殺人罪の觀念的競合とした場合には、殺人の故意のある方が、故意がない場合（強盗致死罪）よりも刑の下限が軽くなるという不均衡が生じるから、強盗殺人にも同条は適用されると解すべきである。

15 事後強盗罪（刑法 238 条）

15.1 事後強盗罪における暴行・脅迫

事後強盗罪は、「強盗として論」じられるから、事後強盗罪における暴行・脅迫は、強盗罪におけるそれと同程度のもの、すなわち、相手田方の犯行を抑圧するに足りる程度のものであり、かつ、窃盗の機会の継続中になされなければならない。そのような状況の下で、法所定の目的で暴行・脅迫を加えた場合に、強盗罪に近い犯罪としての実質を肯定できるからである。

15.2 「窃盗の機会」

窃盗に着手したが、時間的・場所的に離隔が生じた時点で暴行・脅迫が行なわれた場合でも「窃盗の機会」といえるか。窃盗の機会は、被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕されうる状況（追及可能性）が継続していたか否かで判断する⁷⁾。

15.3 事後強盗罪の共犯（結合犯説）

事後強盗罪の財産犯的性格を基礎づけているのは、窃盗行為であるから、事後強盗罪は窃盗と暴行・脅迫を実行行為の内容とする結合犯と解すべきである。これに対して、窃盗犯人を身分として、事後強盗罪を身分犯として理解する見解もあるが、身分犯においては、身分を有することそれ自体が処罰の対象とされているわけではなく、身分者の実行行為の遂行に法益侵害性が認められるに過ぎないから、それ自体として事後強盗罪の処罰を基礎づける一要素である窃盗行為を身分として扱うことは妥当でない。

では、暴行のみに関与した乙に承継的共同正犯は成立するか。共同正犯の処罰根拠は、2 人

7) 最判平成 16 年 12 月 10 日形集 58 卷 9 号 1047 頁。

以上の関与者が構成要件的結果を共同して惹起すること（因果性）に求められるから、共同正犯も、因果性が認められる限度で成立する。

暴行のみに関与した乙に、事後強盗罪の財産犯的側面、すなわち、窃盗行為への因果性を認めることはできないから、事後強盗罪の承継的共同正犯は認められず、暴行罪の共同正犯が成立するに過ぎない。

16 詐欺罪（刑法 246 条）

16.1 欺罔行為

欺罔行為とは、①交付行為に向けて、②交付の判断の基礎となる重要な事項についての錯誤を惹起する行為をいう。

詐欺罪において財産は交換手段・目的達成手段として保護されているから、重要な事項とは、交付によって達成される目的にとって重要な事項をいう

17 放火罪

17.1 「焼損」の意義

「焼損」とは、火が媒介物を離れて目的物が独立に燃焼を継続しうる状態になったことをいう。

17.2 刑法 110 条における「公共の危険」

放火罪は、炎による延焼の危険の発生を特徴とし、その保護法益は不特定多数の人の生命・身体・財産である。したがって、公共の危険とは、延焼によって不特定多数の人の生命・身体・財産が害される危険をいう。なお、延焼の対象を刑法 108 条および 109 条 1 項の物件に限る見解もあるが、建造物以外への延焼からもこれらの法益が害されるおそれがあるため、対象を限定する必要はない。

17.3 刑法 110 条における「公共の危険」の認識

刑法 110 条 1 項は、「よって」という文言を使っているから、結果的加重犯であると解される。したがって、行為者が加重結果である「公共の危険」の発生について認識していないなくても、他の犯罪事実について認識・認容が認められれば、故意を認めることができる。

18 文書偽造罪

18.1 「偽造」の意義

「偽造」とは、名義人と作成者との人格の同一性を偽ることをいう。名義人とは、文書に表示された意思・観念の帰属主体として文書の形式・内容から認識される者をいい、作成者は文書に表示されて意思・観念の帰属主体をいう。

19 公務執行妨害罪（刑法 95 条）

19.1 職務の適法性

「職務」とは、公務員の行う事務の全てをいう。そして公務執行妨害罪の保護法益は公務員による職務の円滑な執行であって、違法な職務は保護に値しないと考えられるから、刑法 95 条にいう「職務」とは、適法な職務をいうと解される。

職務の適法性は、①当該職務が当該公務員の抽象的権限の範囲に属すること、②当該公務員が当該職務を行う具体的権限を有していること、③法律上の重要な方式を履践していること、という要件の下、行為時を基準に客観的に判断される。