

第1部 総論

第1章 序章 p1～5

第1節. 刑法の意義 p1

第2節. 刑罰の目的 p1

第3節. 犯罪の本質 p1

第4節. 刑法の機能 p2

法益保護機能／自由保障機能／社会倫理秩序維持機能

第5節. 刑法の基本原則 p2～4

法益保護主義／責任主義／罪刑法定主義

第6節. 犯罪論の体系 p4～5

第7節. 犯罪の種類 p5～9

1. 犯罪の主体 p5～6

身分犯／法人の両罰規定

2. 犯罪の対象となる行為 p6～7

行為／作為犯と不作为犯

3. 結果 p7～8

結果犯と危険犯／結果の発生と犯罪の終了

4. 主観的構成要件要素 p8～9

故意犯と過失犯／主観的違法要素・主観的責任要素

第2章 構成要件該当性 p10～67

第1節. 意義及び機能 p10

第2節. 構成要件の要素 p10

第3節. 実行行為 p10

第4節. 正犯 p11～21

1. 間接正犯の成立要件 p11～12

2. 間接正犯の体系上の位置づけ p12～13

3. 間接正犯の諸類型 p13～21

第5節. 不真正不作为犯 p22～29

1. 実行行為の特定 p21～22

2. 不真正不作为犯の実行行為性 p22～27

3. 不作为犯の「実行に着手」 p27

4. 不作为犯の因果関係 p27～28

5. 故意 p28～29

6. 不作为による殺人罪と保護責任者遺棄等致死罪の区別 p29

第6節. 因果関係 p30～41

1. 条件関係 p30～31

2. 法的因果関係 p31～41

第7節. 構成要件の故意 p42～55

1. 故意の認識対象 p42
2. 故意の種類 p42～44
3. 故意の意義 p44～45
4. 規範的構成要件要素 p45
5. 具体的事実の錯誤 p45～55
6. 抽象的事実の錯誤 p55～59

第8節. 過失 p60～67

1. 過失犯の成立要件 p60～65
2. 段階的過失 p65～66
3. 管理・監督過失 p66
4. 業務上過失致死罪の検討手順 p66～67

第3章 違法性 p68～102

第1節. 違法性の本質 p68～69

1. 違法性の実質 p68
2. 違法性阻却事由 p68
3. 主観的要素 p68～69
4. 可罰的違法性 p69

第2節. 正当行為 p70～71

1. 法令行為 p70
2. 正当業務行為 p70～71
3. 労働争議行為 p71

第3節. 超法規的違法性阻却事由 p72～78

1. 被害者の承諾 p72～75
2. 被害者の推定的承諾 p75～76
3. 治療行為 p76
4. 危険の引き受け p76～77
5. 義務の衝突 p77
6. 自救行為 p77～78

第4節. 正当防衛 p79～98

1. 正当防衛の本質 p79
2. 成立要件 p79～92
3. 過剰防衛 p92～95
4. 誤想防衛 p95～98

第5節. 緊急避難 p99～102

1. 意義 p99
2. 法的性質 p99～100

3. 成立要件 p100～101
4. 過剰避難 p101～102
5. 業務上特別義務者の例外 p102

第4章 責任 p103～110

1. 責任能力 p103～106
2. 責任故意 p106～109
3. 期待可能性 p109～110

第5章 未遂犯 p111～129

第1節. 実行の着手 p111～121

1. 「実行に着手」した時期の判断基準に関する学説 p111～114
2. 判例・論点 p114～121

第2節. 不能犯 p121～125

1. 問題の所在 p121
2. 学説 p122～124
3. 判例 p124～125

第3節. 中止犯 p125～129

1. 法的性質 p125～126
2. 成立要件 p126～128
3. 予備罪の中止犯 p129
4. 中止犯の一身専属性 p129

第6章 共犯 p130～181

第1節. 共犯の基礎理論 p130

第2節. 共同正犯 p131～158

1. 共同正犯の本質 p131
2. 共同正犯の成立要件 p131～146
3. 共同正犯における抽象的事実の錯誤 p146～152
4. 共同正犯の中止・共同正犯関係からの離脱 p152～158

第3節. 教唆犯 p159～167

1. 成立要件 p159～163
2. 教唆の態様 p163～165
3. 教唆への関与 p165
4. 教唆犯と間接正犯、共謀共同正犯の区別 p165～166
5. その他の論点 p166～167

第4節. 幫助犯 p168～176

1. 成立要件 p168～172

2. 幫助の態様 p172～174
3. 幫助への関与 p174～175
4. 幫助犯と共謀共同正犯との区別 p175～176
5. その他の論点 p176

第5節. 共犯と身分 p177～181

第7章 罪数 p162～186

第1節. 単純一罪 p182

第2節. 法条競合 p182

1. 特別関係
2. 交差関係
3. 罰条の優先関係

第3節. 包括一罪 p183～185

1. 吸収一罪 p183～184
2. 狭義の包括一罪 p185

第4節. 科刑上一罪 p185～186

1. 観念的競合 p185
2. 牽連犯 p185～186
3. かすがい現象 p186
4. 共犯の罪数 p186

第8章 刑法の適用 p187～190

1. 刑法の時間的適用範囲 p187
2. 刑法の場所的適用範囲 p187～190

第9章 刑罰論 p191

1. 刑罰の種類 p191～193
2. 刑の軽重 p193
3. 刑の執行猶予 p193～196
4. 仮釈放 p196
5. 刑の時効及び刑の消滅 p196～197
6. 刑罰の適用 p197～200
7. 刑罰の執行 p201

第2部 各論（1）個人的法益に対する罪

第1章 生命に対する罪 p201～209

- 第1節. 殺人罪 p201
- 第2節. 殺人予備罪 p201～202
- 第3節. 自殺関与罪・同意殺人罪 p203～206
- 第4節. 堕胎罪 p206
- 第5節. 遺棄罪 p207～209

第2章 身体に対する罪 p210～223

- 第1節. 暴行罪 p210
- 第2節. 傷害の罪 p211～217
 - 1. 傷害罪 p211～213
 - 2. 傷害致死罪 p213
 - 3. 現場助勢罪 p213
 - 4. 同時傷害の特例 p213～217
- 第3節. 凶器準備集合罪 p218
- 第4節. 過失致死傷罪 p219～223
 - 1. 過失傷害罪
 - 2. 過失致死罪
 - 3. 業務上過失致死傷罪
 - 4. 重過失致死傷罪
- 第5節. 自動車運転死傷行為処罰法 p219～223

第3章 自由に対する罪 p224～243

- 第1節. 脅迫罪・強要罪 p224～226
 - 1. 脅迫罪 p224～225
 - 2. 強要罪 p225～226
- 第2節. 逮捕・監禁罪 p227～230
- 第3節. 略取・誘拐・人身売買罪 p230～234
- 第4節. 性的自由に対する罪 p234～239
 - 1. 強制わいせつ罪 p234～236
 - 2. 強制性交等罪 p236～237
 - 3. 準強制わいせつ罪・準強制性交等罪 p237
 - 4. 監護者わいせつ罪・監護者性交等罪 p237
 - 5. 未遂処罰 p238
 - 6. 強制わいせつ・強制性交等致死傷罪 p238～239
 - 7. 旧集団強姦罪・旧集団強姦致死傷罪の廃止 p239
 - 8. 非親告罪化 p239
- 第5節. 住居侵入罪 p239～243
 - 1. 住居侵入罪 p239～243

2. 不退去罪 p243

第4章 人格的法益に対する罪 p244～247

第1節. 秘密に対する罪 p244

1. 親書開封罪
2. 秘密漏示罪

第2節. 名誉に対する罪 p244～247

1. 名誉棄損罪 p244～246
2. 侮辱罪 p247

第5章 信用及び業務に対する罪 p248～253

第1節. 信用毀損罪 p248

第2節. 偽計等業務妨害罪 p248～250

第3節. 威力業務妨害罪 p251～252

第4節. 電子計算機損壊等業務妨害罪 p252～253

第6章 財産犯 p254～352

第1節. 財産犯の体系 p254～255

第2節. 窃盗罪 p256～268

第3節. 不動産侵奪罪 p268～269

第4節. 強盗罪 p270～287

1. 強盗取得罪 p270～274
2. 強盗利得罪 p274～277
3. 強盗予備罪 p277～278
4. 事後強盗罪 p278～280
5. 昏酔強盗罪 p280～282
6. 強盗致死傷罪 p282～284
7. 強盗・強制性交等及び同致死罪 p284～287

第5節. 詐欺罪 p288～313

1. 1項詐欺罪 p288～307
2. 2項詐欺罪 p307～310
3. 電子計算機使用詐欺罪 p310～311
4. 準詐欺罪 p311～312
5. 振り込め詐欺と還付金詐欺 p312～313

第6節. 恐喝罪 p314～318

1. 1項恐喝罪 p314～318
2. 2項恐喝罪 p318

第7節. 横領罪 p319～333

1. 単純横領罪 p319～329
 2. 業務上横領罪 p329～332
 3. 占有離脱物横領罪（遺失物等横領罪） p332～333
 4. 親族間の犯罪に関する特例 p333
- 第8節. 背任罪 p334～339
- 第9節. 盗品等に関する罪（盗品等関与罪） p340～348
- 第10節. 毀棄・隠匿罪 p349～352

第3部 各論（2）社会的法益に対する罪

第1章 公共危険罪 p353～365

- 第1節. 騒乱罪 p353
1. 騒乱罪
 2. 多衆不解散罪
- 第2節. 放火罪・失火罪 p353～363
1. 現住建造物等放火罪 p353～358
 2. 他人所有非現住建造物等放火罪 p358
 3. 自己所有非現住建造物等放火罪 p358～359
 4. 建造物等以外放火罪 p359～361
 5. 延焼罪 p361
 6. 消火妨害罪 p361
 7. 差押え等に係る自己の物に関する特例 p362
 8. 失火罪 p362
 9. 激発物破裂罪 p362
 10. 業務上失火等罪 p362
 11. ガス漏出等罪・同致死傷罪 p363
- 第3節. 出水罪 p363～363
- 第4節. 往来妨害罪 p364～365
- 第5節. 公衆の健康に対する罪 p365

第2章 取引等の安全に対する罪 p366～384

- 第1節. 通貨偽造罪 p366～368
1. 通貨偽造罪・同行使等罪 p366～367
 2. 外国通貨偽造罪・行使等罪 p367
 3. 偽造通貨等取得罪 p367
 4. 取得後知情行使等罪 p367
 5. 通貨偽造等準備罪 p367～368

第2節. 文書偽造罪 p368～381

1. 保護法益 p368
2. 形式主義と実質主義 p368～369
3. 基本的な構成要件 p369～372
4. 行為類型 p372～381

第3節. 有価証券偽造罪 p381

1. 有価証券偽造罪・同虚偽記入罪
2. 偽造有価証券行使等罪

第4節. 支払用カード電磁的記録に関する罪 p382～383

1. 支払用カード電磁的記録不正作出等罪
2. 不正電磁的記録カード所持罪
3. 支払用カード電磁的記録不正作出準備

第5節. 印章偽造罪 p383

1. 御璽偽造罪・不正使用等罪
2. 公印偽造罪・不正使用等罪
3. 公記号偽造罪・不正使用等罪
4. 私印偽造罪・不正使用等罪

第6節. 不正指令電磁的記録に関する罪 p383～384

1. 不正指令電磁的記録作成等罪
2. 不正指令電磁的記録取得等罪

第3章 風俗に対する罪 p385

第1節. わいせつ及び重婚の罪 p385

第2節. 賭博及び富くじに関する罪 p385～386

第3節. 礼拝所及び墳墓に関する罪 p386

第4部 各論(3) 国家的法益に対する罪

第1章 国家の存立に対する罪 p387～388

第1節. 内乱に関する罪 p387

第2節. 外患に関する罪 p387～388

第2章 国交に関する罪 p389

第3章 国家の作用に対する罪 p390～4

第1節. 公務の執行を妨害する罪 p390～396

第2節. 逃走の罪 p397

第3節. 犯人蔵匿及び証拠隠滅の罪 p398～404

1. 犯人蔵匿等罪 p398～400
2. 証拠隠滅等罪 p401～403
3. 親族による犯罪に関する特例 p403～404
4. 証人等威迫罪 p404

第4節. 偽証の罪 p405

第5節. 虚偽告訴の罪 p406

第6節. 職権濫用罪 p407

第7節. 賄賂罪 p408～422

第1部 総論

第1章 序論

第1節. 刑法の意義

刑法とは、どのような行為が犯罪で、それに対してどのような刑罰が科されるのかについて規定した法である（実質的意義の刑法）。

その中で、「刑法」という名称の法律を、形式的意義の刑法という。

C

山口総論 1 頁

第2節. 刑罰の目的

刑罰の目的については、①正義を実現するために、犯罪に対する反作用として科されるとする応報刑論と、②社会統制の手段として、犯罪を予防することとする目的刑論とがある。

②でいう犯罪の予防には、⑦刑罰を予告し、罪を犯した者に実際にそれを科すことによる威嚇的效果を通じて、一般の国民による犯罪の遂行を抑止・予防することを内容とする一般予防と、④実際に罪を犯した者に刑罰を科すことにより同人を改善・教育を施し、これにより同人が再び犯罪を遂行することを抑止・予防することを内容とする特別予防とがある。②は、将来の犯罪を抑止・予防するという公益利益の達成に資する。

通説は、刑罰について、①それは過去の犯罪に対する非難たる応報であるとする応報刑論を基本に据えながら、②犯罪の予防をも目的としていると理解している（相対的応報刑論）。

B

井田・入門総論 19～25 頁、基本刑法 I 10～12 頁、山口総論 2～3 頁

第3節. 犯罪の本質

非決定論は、自由意思肯定論とも呼ばれるものであり、犯罪に及ぶという行動の選択の原因は自由意思に基づく理性的判断にあると考える見解である。非決定論からは、犯罪は自由意思をもつ犯人が理性的選択に基づき行ったものであるから、外部に現れた犯人の行為及びその結果に犯罪の本質を求めることになる（客観主義又は行為主義）。非決定論は、応報刑論と結びつく。

決定論は、自由意思否定論とも呼ばれるものであり、犯罪に及ぶ行動の選択の原因は本人の遺伝的素質と社会的環境にあると考える見解である。決定論からは、犯罪は遺伝的素質や社会的環境により必然的に生起する現象であるとして、外部に現れた犯人の行為より、犯罪を引き起こす性格の危険性に犯罪の本質を求めることになる（主観主義又は行為者主義）。決定論は、目的刑論と結びつく。

通説は、人間は遺伝的素質や社会的環境に影響を受けながらも、理性を備えた存在として限られた範囲内で主体的に自己の行動を選択する自由も有しているとして、相対的な自由意思を肯定する（相対的自由意思論）。

C

高橋総論 350 頁、西田総論 19～20 頁、基本刑法 9 頁、井田・入門総論 25 頁

基本刑法 I 9

第4節. 刑法の機能

刑法には、第一次的機能として法益保護機能、第二次的機能として自由保障機能があり、さらには社会倫理（秩序）維持といった機能もある。

1. 法益保護機能

相対的応報刑論からは、刑法には、応報刑の枠内での科刑を予告することにより、国民の将来の犯罪を抑止・予防することを通じて、国民の法益（法的な保護に値する利益）を保護する機能があると理解できる。¹⁾

法益保護機能からは、犯罪は、法益に対する加害行為（法益を現実侵害する行為と法益侵害の危険を生じさせる行為）に限定されることになる。

2. 自由保障機能

刑法には、罪刑法定主義の原則と結びつくことにより、どのような行為が犯罪とされ、それに対してどのような刑罰が科されるのかについて明らかにすることにより、それ以外の行為であればたとえ不道德なものであっても犯罪として処罰されないとすることを通じて、国家の恣意的な刑罰権の行使から国民の自由な行動を保障するとの自由保障機能もある。

3. 社会倫理秩序維持機能

刑法には、社会倫理（秩序）維持機能もあると理解されている。この機能からは、倫理的に許しがたい行為であってそれを放置すると社会の倫理が崩壊しかねないと懸念される行為が犯罪とされることになる。

個人主義に立脚する日本国憲法下では（憲法13条参照）、多様な価値観が許容されなくてはならず、社会倫理を維持するための刑罰的介入は副次的なものにとどめるべきであるとの見方もある。もっとも、判例・学説における社会倫理の観点への関心・執着には根強いものがあり、それは違法論をはじめとして様々な解釈論の場面に顔を出すことになる。

第5節. 刑法の基本原則

刑法の法益保護機能から法益保護主義が、刑法の自由保障機能から責任主義と罪刑法定主義が導かれる。

1. 法益保護主義

ある行為が犯罪であるといえるためには、その行為が違法であることが必要であり、法益保護主義からは、違法性の本質を法益侵害又はその危険だけに求めることになる（結果無価値論）。

B

基本刑法14～5頁、西田総論39頁

基本刑法14頁、井田・入門総論29

頁

基本刑法14頁、西田総論39～41

頁

基本刑法15頁、山口総論5頁、高

橋総論12頁

B

基本刑法17～8頁、山口総論4～8

頁

基本刑法17頁

¹⁾ 刑罰には、「その適用は控え目なものでなければならない」とする謙抑主義が妥当し、この謙抑主義の内容としては、①法益保護のために他の保護手段では足りないときにだけ用いられるべきであるとする「刑法の補充性」と、②刑罰化される領域は法益侵害全般に及ぶ包括的なものではなく、手厚い保護に値する法益を特に違法な態様で侵害する行為のみを処罰するという断片的なものでなければならないとする「刑法の断片性」が重要である（山口総論5～6頁、井田・入門総論29～32頁）。

もつとも、判例・通説は、刑法の任務は法益保護だけでなく社会倫理秩序の維持にもあると理解するから、違法性の本質は法益侵害又はその危険だけでなく社会倫理規範違反にも求められることになる。

2. 責任主義

山口総論 6～7 頁

法益侵害又はその危険を惹起する行為が行われただけでは犯罪の成立を認めることはできず、行為者がその行為を行ったことについて他行為可能性たる非難可能性を内容とする責任が認められなければならない。

責任とは、行為者が上記行為を行ったことについての非難可能性であり、非難可能性があるといえるためには行為者が現実に行った上記行為を避けることが可能であったという意味での他行為可能性が認められる必要がある。

責任が認められるためには、少なくとも、故意又は過失が必要である。

3. 罪刑法定主義

井田・入門総論 44～50 頁

法益に対する加害行為が有責に行われただけでは、それについて犯罪の成立を認めることはできない。犯罪の成立を認めるためには、その行為が、「どのような行為が犯罪とされ、それに対してどのような刑罰が科されるのか」について事前に法律により定められた「犯罪のカタログ」に乗っていることが必要である。これを、罪刑法定主義という（憲法 31 条、39 条、73 条 6 号但書）。

山口総論 9 頁、基本刑法 18 頁

罪刑法定主義の内容は以下の 6 つである。

(1) 法律主義

山口総論 10～13 頁

「どのような行為が犯罪とされ、それに対してどのような刑罰が科されるのか」については、原則として、国会が法律により定める必要がある。これは、罪刑法定主義の民主主義的な側面と憲法 31 条（「法律の定める手続」には法律により定められた実体法も含まれるため）から導かれる。

例外として、委任命令（憲法 73 条 6 号但書）や自主条例（憲法 92 条、地方自治法 14 条 1 項）により罰則を定めることも許されている。

(2) 遡及処罰の禁止

山口総論 14～16 頁

罪刑法定主義の実質原理である自由主義の側面から、刑罰が事前（行為の遂行前）に制定（交付・施行）されていることが要請される。そうでなければ、行動に関する予測可能性が失われ、遡及処罰の可能性による萎縮効果が生じ、国民の行動の自由が著しく害されるからである。

遡及処罰の禁止では、①「実行の時に適法であった行為」をその後に制定された刑罰法規により犯罪として処罰すること（憲法 39 条）だけでなく、②行為後に法定刑を重くする法改正があった場合に変更後の刑罰法規を適用して重く処罰すること（刑法 6 条）も禁止される。²⁾

(3) 類推解釈（適用）の禁止

事件について直接に適用できる規定がない場合に、類似した事実に適用さ

²⁾ 学説には、③判例が行為者に不利益に変更された場合に、当該事件の被告人に不利益に現行された解釈を適用することまで禁止されるべきであると主張ものもあるが、判例は③までは禁止されないとの立場である（山口総論 16 頁、最判 H8.11.18・百 I 1）。

れる刑罰法規を適用して処罰すること（類推解釈（適用））も禁止される。これに対し、拡張解釈は禁止されない。

類推解釈（適用）の禁止について、裁判所による法律の解釈・適用の場面で問題となる法律主義として説明する見解もある。

山口総論 13 頁

（４）絶対的不定期刑（絶対不確定法定刑）の禁止

刑罰法規において刑の種類も分量も全く定めないことは、禁止される。例えば、「～した者は、裁判所の定める刑に処する」、「～した者は、懲役に処する」との定めは禁止される。

井田・入門総論 47～48 頁、高橋総論 39 頁

なお、「～した者は、10 年以下の懲役に処する」（刑法 12 条 1 項により、1 ヶ月以上 10 年以内が法定刑となる）というように、刑の上限と下限を定めて現実の執行期間をその範囲において執行機関の裁量に委ねる相対的不定期刑は許容される。

（５）刑罰法規の明確性

刑罰法規の内容は明確でなければならず、内容が不明確である刑罰法規は憲法 31 条に違反し違憲・無効である。

山口総論 17 頁

（６）刑罰法規の内容の適正さ

明確な刑罰法規であっても、国民の自由を不当に侵害するものは憲法 31 条に違反し違憲・無効である。

山口総論 17～22 頁

これには、①無害な行為を処罰の対象とする刑罰法規（憲法 31 条違反）、②規制の目的に照らし過度に広範な刑罰法規（過度の広汎性の原則）、及び③定められた犯罪に対して著しく均衡を失する法定刑を定める刑罰法規（罪刑の不均衡）がある。

第 6 節. 犯罪論の体系

A

犯罪とは、構成要件に該当する、違法で、有責な行為である。罪刑法定主義から構成要件該当性の要件が導かれ、法益保護主義と社会倫理秩序維持機能から違法性が解釈され、責任主義から有責性の要件が導かれる。

山口総論 23～25 頁

第 1 に、犯罪は「行為」でなければならない。「行為」だけが処罰の対象となり、思想・信条・意思は、それが行為者の内心にとどまっている限り、処罰の対象とならない。ここでいう「行為」とは、意思に基づく身体の動静を意味する。

山口総論 23 頁、基本刑法 I 25 頁

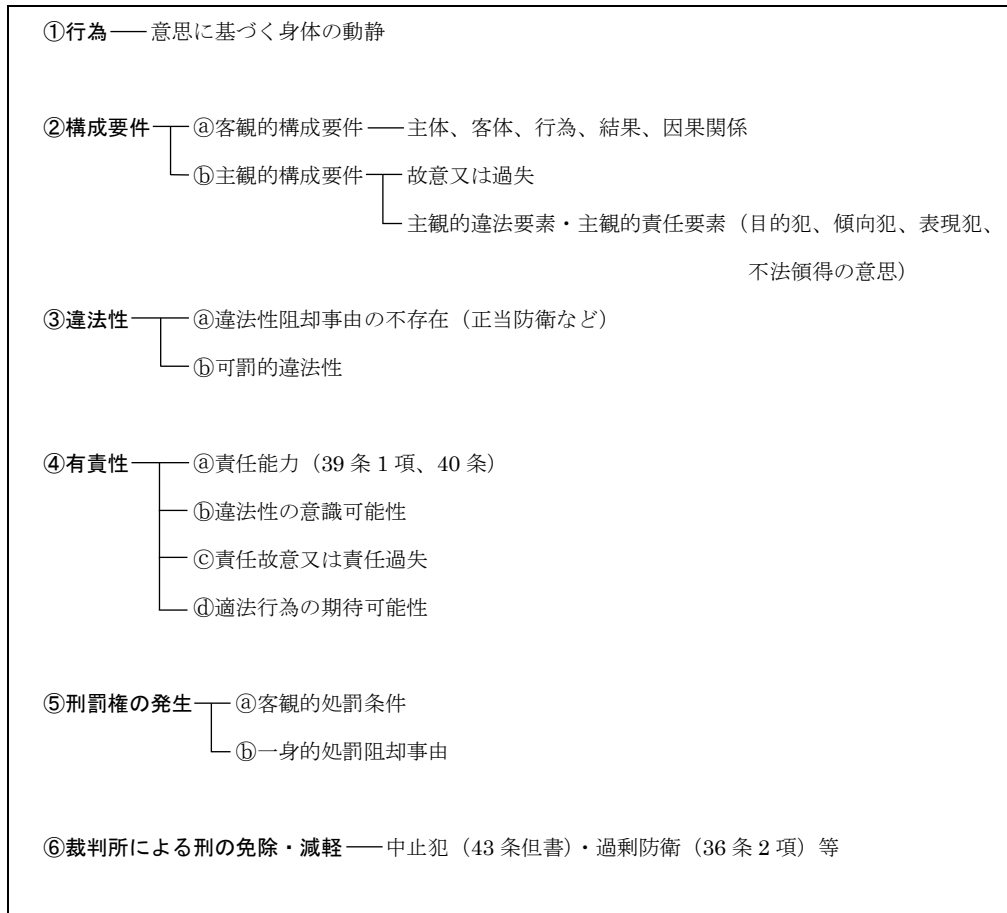
第 2 に、犯罪は、法律（厳密には、委任命令・自主条例を含む）が定める犯罪構成要件に該当する行為に限られる。これは、罪刑法定主義（憲法 31 条）からの帰結である。

第 3 に、犯罪というためには、構成要件に該当する行為が違法（刑法上禁止されていること）でなければならない。構成要件に該当する行為は、犯罪として禁止するために法律で規定されているのだから、本来違法（違法性が推定される）なのであるが、正当防衛（刑法 36 条）などの例外的な事情の存在により違法性が阻却されることがあるため、刑法上禁止される違法な行為であるというためには違法性阻却事由の不存在も必要なのである。

第 4 に、責任主義の要請から、非難可能性を内容とする有責性も必要とされる。

犯罪の成否は、行為⇒構成要件該当性⇒違法性⇒有責性という流れで判断し、これらを全て満たす場合に初めて犯罪の成立が認められる。犯罪が成立した場合、刑罰権が発生して行為者を処罰できるのが原則である。もっとも、例外的に刑罰権の発生について一定の事情の存在が要求されたり（客観的処罰条件）、一定の事情の存在について刑罰権の発生が妨げられる（一身の処罰阻却事由）犯罪もある。さらに、犯罪の成立要件を満たし、かつ、刑罰権も発生した場合であっても、裁判所により刑を免除又は減輕されることもある。

[犯罪論の体系]



第7節. 犯罪の種類

A

1. 犯罪の主体

(1) 身分犯

犯罪成立や法定刑の軽重における行為の主体が一定の身分を有する者に限定されている犯罪を身分犯という。身分は客観的構成要件要素である。

身分犯は、犯罪成立における行為の主体が一定の身分を有する者に限定されている真正身分犯、法定刑の軽重における行為の主体が一定の身分を有する者に限定されている不真正身分犯に分類される。

真正身分犯の例としては、当該公文書の作成権限を有する公務員を身分とする虚偽公文書作成等罪（156条）、「法律により宣誓した証人」を身分とす

る偽証罪（169条）、公務員を身分とする収賄罪（197条以下）、「他人のためにその事務を処理する者」を身分とする背任罪（247条）、他人の物の占有者を身分とする単純横領罪（252条）などが挙げられる。

不真正身分犯の例としては、「法令により拘禁された者を看守し又は護送する者」を身分とする看護者等による逃走援助罪（101条）、「常習…者」を身分とする常習賭博罪（186条1項）、「裁判、検察若しくは警察の職務を行う者又はこれらの職務を補助する者」を身分とする特別公務員職権濫用罪（194条）・特別委公務員暴行凌辱罪（195条）、「医師、助産師、薬剤師又は医療品販売業者」を身分とする業務上墮胎罪・業務上墮胎致死傷罪（214条）、業務者を身分とする業務上横領罪（253条）などが挙げられる。

（2）法人の両罰規定

山口 27～28 頁

法人は、原則として罰則にいう「者」には含まれず、法人を処罰する規定が存在する場合に限り犯罪の主体として処罰の対象となる。法人処罰規定は、業務主体としての法人を、違反行為を実際に行なった自然人行為者と共に業務主処罰規定としての両罰規定の形式を採るものが一般的である。

業務主処罰規定としての両罰規定によって自然人の業務主たる法人が処罰される根拠について、現在の判例は、無過失転嫁罰を定めたものと解する立場ではなく、「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くさなかった過失の存在を推定した規定」であると理解する過失推定説である。過失推定説では、両罰規定について、代表者には自然人行為者による違反行為を防止するために必要な注意を尽くさなかったという意味での過失があることが推定されると理解するため、必要な注意を尽くしたこと（＝無過失）を証明することで法人は処罰を免れる。

最判 S40.3.26・百13

2. 犯罪の対象となる行為

（1）行為

犯罪は行為でなければならないから、単なる思想・内心の状態は処罰の対象とならない。

山口青本 21 頁

刑法上の行為については、かつては、①意思に基づく身体の動静と定義する自然的行為論、②目的によって支配された身体の動静と定義する目的的行為論、③行為者人格の主體的現実化である身体の動静と定義する人格的行為論、④社会的に意味のある身体の動静と定義する社会的行為論とが対立していた。もっとも、行為でないものを処罰の対象から除外するという意味で、意思に基づく身体の動静と定義すれば足りると考えられる。この意味で、身体の動静であっても、例えば反射運動のように意思に基づかないものは行為から除外されることになる。

山口青本 27 頁

（2）作為犯と不作為犯

山口青本 27～28 頁

上記（1）の行為の定義における「身体の動静」には、身体の「動」である作為のみならず、身体の「静」である不作為も含まれる。

不作為とは、「期待された作為をしないこと」を意味し、不作為によって構成要件を実現する場合を不作為犯という。

不作為犯には、不作為を明示的に構成要件要素として規定し、それが犯罪となる条文を法文上明定している真正不作為犯（不退去罪[130条後段]、保護責任者不保護罪[218条後段]等）と、不作為が明示的に構成要件要素として規定されていない不真正不作為犯とがある。

3. 結果

(1) 結果犯と危険犯

山口青本 28～29 頁

法益保護の観点から、刑法は、保護法益侵害行為又は保護法益侵害の危険のある行為を将来抑止し、法益を保護するために、保護法益の侵害行為・危惧化行為を犯罪として規定し、処罰の対象とするものであると理解される。この意味で、犯罪とは法益侵害・危惧化行為をいい、犯罪の成立には法益侵害又はその危険の惹起が必要である。

構成要件的结果（＝構成要件要素である結果）には、実際に保護法益を侵害したことの他に、保護法益を侵害する危険も含まれる。実際に保護法益が侵害されたことを構成要件的结果として規定する犯罪を結果犯といい、保護法益を侵害する危険が構成要件的结果として規定する犯罪を危険犯という。

危険犯は、法文上、具体的な「危険」の発生が規定・要求されている具体的危険犯と、一般的・抽象的に危険な行為が規定・要求されているにとどまり具体的な「危険」の発生までは規定・要求されていない抽象的危険犯に分類される。

(2) 結果の発生と犯罪の終了

山口青本 29～30 頁

構成要件的结果が発生すると犯罪が成立する。問題は、一旦成立した犯罪が終了する時点である。犯罪の終了時期の観点から、犯罪は、即成犯、状態犯及び継続犯の3つに分類される。

即成犯とは、構成要件的结果発生により犯罪が成立し、それと同時に犯罪が終了するとともに、法益侵害状態も終了する場合である（殺人罪[199条]、傷害罪[204条]など）。

継続犯とは、構成要件的结果発生により犯罪が成立し、その結果が継続する限り犯罪が継続的に成立する場合である（例えば、監禁罪[220条]では、監禁状態が継続する間、監禁罪が継続的に成立する）。

状態犯とは、構成要件的结果発生により犯罪が成立し、その後も法益侵害状態が継続するが、犯罪成立と同時に犯罪が終了する場合である（例えば、窃盗罪[235条]では、財物の占有移転によって既遂が成立するが、その後は財物が窃取されたことによる占有侵害の状態が継続するにすぎないから、占有移転と同時に既遂に達するとともに犯罪が終了する）。

(3) 既遂犯、未遂犯、予備罪

山口青本 139～140 頁

既遂犯とは、実際に保護法益が侵害されたという意味での構成要件的结果が発生した場合に成立するものである。

未遂犯とは、法益保護の見地から処罰時期を早期化する趣旨で、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」場合、具体的には「犯罪の実行に着手」したが実際には保護法益侵害という意味での構成要件的结果の発生には至ら

なかった場合に犯罪として処罰されるものである。未遂犯は、未遂犯処罰規定が設けられている場合に限り、犯罪として処罰される（44条）。なお、未遂犯では、「刑を軽減することができる」（43条本文）。

予備罪とは、未遂よりも前の予備行為を処罰するものである。殺人罪や強盗罪など極めて重い犯罪に限って予備の処罰規定が設けられている（201条、237条など）。

また、内乱罪や外患罪など国家の存立にかかわる重大犯罪については、陰謀罪の処罰規定がある（78条、88条、93条など）。

4. 主観的構成要件要素

（1）故意犯と過失犯

刑法上の犯罪は原則として故意犯であり、その成立には「罪を犯す意思」という意味での故意が必要である（38条1項本文）。故意とは、構成要件該当事実の認識・認容を意味する構成要件の故意と責任故意の2つからなる。

38条1項が「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。」と定めていることから、過失犯は、法律により過失犯処罰規定が設けられているものに限り、処罰される。

刑法上は、過失致死傷罪（209条、210条）、業務上過失致死傷罪（211条前段）、重過失致死傷罪（211条後段）が規定されている。

例えば、過失による窃盗罪（235条）、過失による横領罪（252条）、過失による器物損壊罪（261条）など、法律により過失犯処罰規定が設けられていない犯罪については、過失犯として処罰することができない。

（2）主観的違法要素・主観的責任要素

主観的構成要件要素として、構成要件の故意に加えて主観的違法要素又は主観的責任要素として特定の主観的要素が要求される犯罪がある。

ア. 主観的違法要素

（ア）目的犯

目的犯とは、一定の目的を有することが成立要件とされている犯罪をいう。

例えば、通貨偽造罪（148条）における「行使の目的」、文書偽造罪（155条、159条）における「行使の目的」などである。

（イ）表現犯

表現犯とは、内心の表現が処罰の対象となる犯罪をいう。

例えば、偽証罪における「虚偽の陳述」について証人の記憶に反する陳述を意味すると理解する主観説からは、偽証罪は表現犯に位置付けられる

（ウ）傾向犯

傾向犯とは、行為者の内心の意図ないし傾向が成立要件とされている犯罪である。

かつての判例は、強制わいせつ罪（176条）について、その主観的構成要件要素として行為の他に、「犯人の性欲を刺戟興奮させまたは満足させるという性的意図」が必要であると解していたため、強制わいせつ罪は傾向

基礎応用 405 [論点 1]

基礎応用 235 頁 [論点]

犯に位置付けられていた。しかし、平成 29 年最高裁大法廷判決により判例が変更され、性的意図は強制わいせつ罪の成立要件そのものではないと解されるに至ったため、現在は、強制わいせつ罪は傾向犯ではない。

イ. 主観的責任要素

例えば、窃盗罪（235 条）、強盗罪（236 条以下）、詐欺罪（246 条以下）及び恐喝罪（249 条）で必要とされる不法領得の意思は、主観的責任要素である。

基礎応用 265 頁（4）

第2章 構成要件該当性

第1節. 意義及び機能

犯罪とは、構成要件に該当する違法で有責な行為である。このうち、構成要件とは、犯罪のカタログであり、違法・有責な行為を類型化したものである。

そして、罪刑法定主義（憲法 31 条）のもと、生の事実のうち、刑罰法規が犯罪として規定している行為の類型に該当しないものには犯罪は成立しないのだから、構成要件には、①何が犯罪であるかを予め国民に対して明示することで、その自由を保障するという機能がある（保障機能／罪刑法定主義機能）。さらに、②ある犯罪と別の犯罪を明確に区別する犯罪個別化機能、③違法・有責な行為を犯罪として類型化したものであるが故の違法性・有責性推定機能、及び④故意が成立するために必要な認識・要件の対象を示す故意規制機能もある。

B

基本刑法 I 46～48 頁、講義案 39～
40 頁

第2節. 構成要件の要素

構成要件は、客観的構成要件要素と主観的構成要件要素とに分類される。

客観的構成要件要素としては、行為の主体、行為の客体、行為、結果、行為と結果との間の因果関係がある。

主観的構成要件要素としては、故意のほか、特別の主観的要素（目的犯、傾向犯、表現犯、不法領得の意思）がある。¹⁾

B

基本刑法 I 48～55 頁

第3節. 実行行為

ある行為が特定の構成要件に該当していると認められるためには、その行為が各構成要件要素を形式的に満たしているだけでは足りず、その行為が当該構成要件の予定している実質を備えたものでなければならない。そして、全ての構成要件はそれぞれ何らかの法益の保護を目的としているから、保護法益を侵害する現実的危険性という実質を有し、かつ、特定の構成要件に形式的にも該当する行為を、実行行為と定義することになる。

また、結果犯の構成要件該当性が認められるためには実行行為と構成要件的结果との間に因果関係が必要であるところ、構成要件的结果への因果関係の起点となる行為は、構成要件的结果を惹起する現実的危険性を有する行為でなければならない。その意味で、実行行為には、因果関係の起点となる行為という意味もある。

A

¹⁾ 目的犯における目的 (ex. 文書偽造罪における「行使の目的」、傾向犯における内心の意図ないし傾向 (ex. 判例変更前における強制わいせつ罪についての性的意図)、表現犯における内心の状態 (ex. 偽証罪における記憶に反した心理的過程)、窃盗罪等における不法領得の意思を、まとめて「主観的違法要素」を呼ぶ (高橋総論 95～97 頁、井田総論 107～110 頁)。

井田総論 109 頁では、窃盗罪等における不法領得の意思についても「主観的違法要素」に位置づけている。これに対し、山口総論 96～101 頁では、主観的構成要件要素を構成要件の故意・過失、責任要素としての主観的構成要件要素及び主観的違法要素の 3 つに分類した上で、窃盗罪等における不法領得の意思を責任要素としての主観的構成要件要素に位置づけている。

第4節. 正犯

構成要件該当性が認められる場合には、実行行為（構成要件的行为）を自ら行い（自手実行）、結果を直接惹起する場合（直接正犯）のほか、実行行為を外形上行為者が行うのではなく、他人に行わせ（間接実行）、その他人によって結果が惹起される場合（間接正犯）がある。

両者は、正犯の構成要件該当性が認められる事例における、内部的な事実上の区別にすぎない。ここで、外形的には実行行為の自手実行がないのに、自手実行がある場合と同視しうるのかが問題となる。すなわち、行為者の行為後に他人の行為が介入して、他人により結果が惹起された場合について、処罰拡張類型としての共犯ではなく、本来の第一次的な処罰類型である正犯が成立するのはいかなる場合かが解釈上問題となる。これは、共犯ではなく正犯となる要件、すなわち正犯性の問題である。

case1 : X は、自分が利用する目的で、V 宅前に無施錠で駐輪されている V 所有の自転車を、V に無断で X 宅まで持ち帰った（窃盗罪の直接正犯）。

case2 : X は V 宅前に無施錠で駐輪されている自転車が V 所有のものであるにもかかわらず、友人 Y に対して、「V 宅前に無施錠で駐輪されている自転車は X のものであるから、自分の代わりに持ってきてほしい」と話し、X の話を信じた Y は、V 宅前に無施錠で駐輪されている V 所有の自転車を X 宅まで運んだ（窃盗罪の間接正犯）。

1. 間接正犯の成立要件

間接正犯の正犯性は、直接正犯と同様に自ら実行行為を行ったと評価できる点にその根拠がある。問題は、そのような評価がされるために必要とされる、間接正犯の成立要件である。

正犯性が認められるためには、構成要件的结果惹起の原因を支配したと心得ることが必要であり、このように正犯性が認められる行為者の行為が実行行為ということになる。そうすると、そのような実行行為を行う直接惹起者の背後にあって結果惹起に間接的な原因性・因果性を有するにすぎない者には正犯性を肯定できないのが原則である（この理解を、故意行為以前に遡って結果惹起の正犯責任を追及することができないという意味で、遡及禁止と呼ぶ。）。

しかし、行為者の行為と結果惹起の間に他人の行為が介入する場合には、結果原因支配の判断にあたって、介入する他人の行為の評価（＝結果原因としての当該行為を介した結果惹起に対する支配の有無の検討）が不可欠という意味で、遡及禁止の観点からは、構成要件的结果惹起支配を意味する正犯性を判断する上で重要な一般的判断基準であるものの、正犯性の判断基準それ自体ではない。

そして、結果を直接惹起する他人の行為を自己の犯罪実現のための道具として利用した者については、介入者の結果惹起についての正犯としての答責性が否定されることを根拠として、構成要件的结果惹起の原因を支配した者であると評価できるから、間接正犯が成立し、正犯性が認められると解する。

A

山口青本 39～40 頁

基本刑法 I 309 頁

山口総論 68 頁

山口総論 69 頁

山口総論 69～70 頁

[論点 1] 間接正犯の成立要件

結果を直接惹起する他人の行為を①正犯意思に基づいて②道具として利用した者については、構成要件の結果惹起の原因を支配した者であると評価できるから、間接正犯が成立すると解する。

②は、一方的な利用・支配関係により判断される。

A

2. 間接正犯の体系上の位置づけ

(1) 被害者以外の第三者を利用した事案

間接正犯は、本来的には正犯性の問題である。直接正犯と間接正犯とは、本来的には、(正犯の)構成要件該当性が認められる事例における内部的な事実上の区別にすぎない。

X が Y に指示して Y に万引きをさせたという事例では、X 又は Y のいずれかを正犯とする窃盗罪の構成要件該当性が認められることまでは確定しており(したがって、窃盗罪の実行行為があることも確定している)、ただ、外形的には X が窃盗罪の実行行為をやっていないように見えるため(逆に言えば、外形的には Y が窃盗罪の実行行為をやっているようにも見えるため)、窃盗罪の実行行為を自ら行った者として正犯になるのは X と Y のいずれであるのかを確定する必要があるというのが、間接正犯の正犯性の議論なのである。

基本刑法 I 309 頁、山口総論 67 頁、
高橋総論 434 頁以下、山口青本 40
頁

(2) 被害者を利用した事案

ア. 実行行為性の問題として論じる

被害者を利用した事案では、間接正犯を実行行為性の問題として論じる。

例えば、X が Y に命令して自殺を強制した事案では、Y は自己を被害者とする殺人罪の主体にはなり得ないため、外形的に見ても、Y による殺人罪の実行行為があったとみる余地はない。ここが、Y による実行行為を観念し得る「被害者以外の第三者を利用した事案」との違いである。

被害者 Y による実行行為を観念する余地がない以上、「X 又は Y のいずれかを正犯とする殺人罪の構成要件該当性が認められることまでは確定しており(したがって、殺人罪の実行行為があることも確定している)、ただ、外形的には Y が殺人罪の実行行為をやっているようにも見えるため、殺人罪の実行行為を自ら行った者として正犯になるのは X と Y のいずれであるのかを確定する必要があるという」という問題意識にはならない。

そのため、「X が被害者 Y に命令したことは、殺人罪の実行行為たり得るか」(つまり、殺人罪の実行行為を認める余地があるのか)という問題意識に基づき、実行行為性の問題として間接正犯を論じることになる。

イ. 実行行為性という概念

実行行為性と実行行為とは厳密には異なる概念である。

ここでいう実行行為性とは、実行行為の前提条件という意味である。間接正犯の成立要件(正犯意思+道具性)をクリアすることで間接正犯としての殺人罪の実行行為性が認められたとしても、その直後に、別途、X が被害者 Y に自殺を命じたこと(利用者標準説を前提とした表現)が殺人罪

の実行行為に当たるかについて検討する必要がある。

利用者標準説に立っても、被害者にやらせた行為（厳密には、被害者にやらせようとしていた行為）が構成要件の結果発生の実現的危険性を有することが必要である。

利用者標準説は、「利用行為⇒被利用者の行為による結果発生」の自動性・確実性を根拠として、本来であれば被利用者の行為の段階に留保されている結果発生の実現的危険性を利用行為の段階に前倒しするという考えであるため、利用行為が実行行為に当たるというためには、その危険性を前倒すことになる利用者の行為について、構成要件の結果発生の実現的危険性が認められる必要があるのである。

3. 間接正犯の諸類型

(総)

(1) 責任なき行為の介入

ア. 是非弁別能力のない者の行為

高度の精神障害者や幼児といった是非弁別能力（意思能力）を欠く者は、規範の問題に直面することができないため、利用者の指示命令に抵抗しないはずであるから、道具性が認められる。

[判例 1]

判旨：「被害者が通常の意味能力もなく、自殺の何たるかを理解せず、しかも被告人の命ずることは何でも服従するのを利用して、その被害者に通常の意味能力のない被害者に縊首（いしゅ）の方法を教えて縊首させた所為は、殺人罪にあたる。」

B

最決 S27.2.21

イ. 責任能力に欠ける者の行為

例えば、X が自分の子である Y（満 12 歳）に対して、「言うことを聞かなければ家に入れぬ」と脅し、V 店における窃盗を命じてこれを行わせたという事案では、被利用者が刑事未成年者（14 歳未満／41 条）であっても、実質的には是非弁別能力を有している場合があるから、当然に道具性が認められるわけではない。

山口総論 72 頁、基本刑法 I 311～312 頁

判例は、被利用者が利用者により意思を抑圧されていた場合に、道具性を認めている。

[判例 2]

事案：X は、日頃 X 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っ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養女 Y（当時 12 歳）に対し、窃盗を命じてこれを行わせた。

判旨：「X は、当時 12 歳の養女 Y を連れて四国 88 ケ所札所等を巡礼中、日頃 X 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っ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 Y 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、X が、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている Y 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 Y が是非善悪の判断能力を有する者であつたとしても、X については本件各窃盗の間接正犯が成立すると認めべきである。」

B

最決 S58.9.21・百 I 74

[判例 3]

事案：Xは、Vから金品を強取しようと企て、12歳の息子Yに対して強盗を指示した。息子Yは、強盗を決意した上で、臨機応変に対処して本件強盗を完遂した。
判旨：「本件当時Yには是非弁別の能力があり、Xの指示命令はYの意思を抑圧するに足る程度のもではなく、Y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となどが明らかである。これらの事情に照らすと、…X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、Xは、生活費欲しさから本件強盗を計画し、Y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、Y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、X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ものと認められる。」

B

最決 H13.10.25

[判例 4]

事案：Xは、日頃からXの言動に畏怖している10歳の少年Yに対し、交通事故現場に落ちているバッグを窃取することを命じてこれを行わせた。
判旨：Yは、事理弁識能力が十分とはいえない10歳（小学5年生）の刑事未成年者であったのみならず、…直ちに大きな危害がXから加えられるような状態ではなかったとしても、右のYの年齢からいえば、日ごろ怖いという印象を抱いていたXからならみつけられ、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、Yは、Xの目の前で4、5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てこれに抵抗してXの支配から逃れることが困難であったと思われる。また、Yの行った窃盗行為も、X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といえる。そして、そのような状況の下で、Xは、…自己が直接窃盗行為をする代わりに、Y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Yがある程度是非善悪の判断能力を有していたとしても、Xには、自己の言動に畏怖し意思を抑圧されているわずか10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と認めるのが相当である。」

B

大阪高判 H7.11.9

(2) 被害者の行為の利用

例えば、XがVを脅迫又は欺罔して自殺させたという事案では、殺人罪の間接正犯の成否が問題となる。

[判例 5] 自殺の強制

事案：Xが保険金を取得する目的でVに対して車ごと海中に転落するように命じたところ、Vは自殺を決意するには至らなかったものの、命令に従って車ごと海に飛び込んだ後に車から脱出してXの前から姿を隠す以外に助かる方法はないと考え、車ごと海に飛び込み、水没する車から脱出して死亡を免れたという事案において、XがVに命令して車ごと海中に転落させた行為について殺人未遂罪（203条、199条）が成立するかが問題となった。

判旨：①「本件現場の海は、当時、岸壁の上端から海面まで約1.9m、水深約3.7m、水温約11度という状況にあり、このような海に車ごと飛び込めば、脱出する意図が運

A

最決 H16.1.20・百173

転者にあった場合でも、飛び込んだ際の衝撃で負傷するなどして、車からの脱出に失敗する危険性は高く、また脱出に成功したとしても、冷水に触れて心臓まひを起こし、あるいは心臓や脳の機能障害、運動機能の低下を来して死亡する危険性は極めて高いものであった。」

②「…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ものといえることができる。」

③「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といふべきである。」

④「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といふべきである。」

⑤「したがって、本件が殺人未遂罪に当たるとした原判決の結論は、正当である。」

[判例 6] 偽装心中

事案：Xが、追死する意思がないのにあるように装い、その旨誤信したVに心中を決意させた上で、致死量の青化ソーダをVに与えて嚙下させ、青化ソーダの中毒によりVを死亡させたという事案において、殺人既遂罪（199条）の成否が問題となった。
判旨：「所論は、…本件被害者は自己の死そのものにつき誤認はなく、それを認識承諾していたものであるが故に刑法上有効な承諾あるものといふべく、本件被告人の所為を殺人罪に問擬した原判決は法律の解釈を誤った違法があると主張するのであるが、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とが明らかである。そして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するものといふべく、原判示は正当であって所論は理由がない。」

A

最判 S33.11.2

(3) 非故意行為の利用

ア. 無過失行為

被利用者には規範的障害が認められないから、道具性が認められる。

イ. 過失行為

過失がある被利用者にも、(間接的には)規範的障害が認められるものの、犯罪事実の認識がなく違法性を意識できていない以上、自らの意思で犯罪の実現を回避することができないから、利用者に一方的に利用・支配されているといえ、道具性が認められる。

前田総論 86 頁、基本刑法 I 313~

314 頁

これに対し、有力説は、被利用者は通常の注意をすることで結果を回避することができたのであって、またそうすることを法により期待されているのだから、利用者の思い通りになる蓋然性が高くないとして、道具性を否定する。この有力説は、被利用者による結果発生（利用者の結果支配の程度）の低さをメルクマールにする考えから説明しやすい。

(4) 故意行為の利用

ア. 軽い犯罪の故意しかない者

例えば、Xが自動車内に監禁したVを焼殺することを企て、事情を知らないYに対して自動車に放火するように指示し、Yが指示通りに自動車に放火し、Vを焼殺したという事案では、放火罪（110条2項）については、Yの道具性を欠くとして間接正犯の成立が否定され、X・Yの共謀共同正犯又はYを正犯とするXの教唆犯が成立することになるのが通常である。問題は、殺人罪について、Yの道具性（ひいては、Xの間接正犯の成立）が認められるかである。

この場合の被利用者は、故意がある軽い犯罪との関係では規範的障害が認められるが、故意がない重い犯罪との関係では規範的障害が認められないから、少なくとも重い犯罪との関係では、利用者に一方向的に利用・支配されているといえ、道具性が認められる。

これに対し、有力説は、被利用者が軽い罪として認識している行為を行わなければ重い犯罪も実現されなかったのであり、被利用者としては認識している軽い罪の限度では自己の行為の違法性を意識する現実の契機が与えられていたのだから、軽い罪として認識している行為を躊躇することで重い罪の実現を避けることができたとの理由から、重い罪との関係でも道具性を否定する。

イ. 故意ある幫助的道具

被利用者が、故意その他正犯性を根拠づける要素（目的など）すべてを具備している場合であっても、なお被利用者を幫助犯とし、利用者を間接正犯とし得るかという問題である。

例えば、暴力団組長であるXが末端組員であるYに対して「宝石店Vから宝石を盗んでこい。」と命じ、Yが「組長の命令だから断ることはできない」と考えてXの指示に従い宝石店Vから宝石を盗んだという事案において、①Yには窃盗罪の直接正犯が成立し、Xには窃盗罪の教唆犯が成立するにとどまるのか、それとも、②Xには窃盗罪の間接正犯が成立し、Yには窃盗罪の幫助犯が成立するにとどまるのか（事案によっては、Xについての窃盗罪の間接正犯の成立が否定される一方で、Yの正犯性が認められるのであれば、共謀共同正犯の成立によりX・Yの双方が窃盗罪の共同正犯となる）。

これについては、①自ら故意に基づき実行行為を行った被利用者を幫助犯とすることはできないとして、被利用者を直接正犯者・利用者を教唆犯とする見解と、②「実行行為を行う幫助犯」を認めることで、被利用者を幫助犯・利用者を間接正犯とする見解とがある。③同時正犯を肯定する見

基本刑法 I 313～314 頁

高橋総論 442 頁、刑事実体法演習
374 頁

基本刑法 I 314～315 頁、高橋総論
442～443 頁・495 頁

2009 法セミ 95 頁

解は、かなり稀である。

実行行為以外の方法により正犯の実行行為を容易にするという「幫助」の本来的意義からすれば、見解①を採用することになる。

他方で、共謀共同正犯により実行行為を行わない共同正犯も認められている上、共同正犯の成立要件として正犯性ないし正犯意思を要求する場合には実行行為を行っても共同正犯とならない場合も認められているため、正犯概念と実行行為の結びつきは相対化されている。このことを強調すれば、見解②を採用することも可能である。

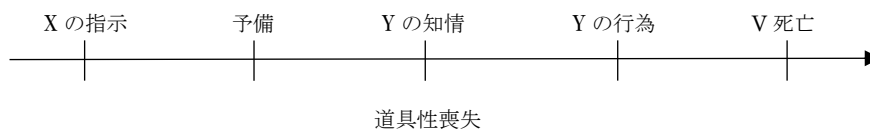
論文試験では、学説対立が問われていないのであれば、事案に応じて、被利用者による犯罪事実の認識によって間接正犯の成立が否定されるという認定をした場合には見解①、間接正犯の成立を肯定した場合には見解②で処理すれば足りると考える。

〔事例 1〕殺人罪

暴力団組長 X は、対立する暴力団の幹部 V を本件自動車のトランク内に監禁した上で、末端組員 Y に対し、トランク内に V を閉じ込めた状態であることを秘したまま、本件自動車を燃やすように指示した。

Y は、ガソリン 10 リットルを準備した上、それを本件自動車の車内及び外側ボディに満遍なくまいたところ、トランク内から「助けてくれ。出してくれ。」などと叫ぶ人の声が聞こえたため、本件自動車のトランクを開けてみたところ、手足をロープで縛られている A を発見し、この時点で、X が自分に事情を告げずに本件自動車を燃やすように仕向けて A を焼き殺すつもりだったのだと気が付いた。Y は、A を殺害することに躊躇したが、組長である X の指示であることや、Y 自身、かつて A から兄貴分である Z を殺害されたことを理由として A に恨みを抱いていたことから、A をトランク内に閉じ込めたまま本件自動車を燃やし、V を焼き殺すことを決意し、丸めた新聞紙にライターで火をつけてこれを本件自動車に投げつけた。

その火は、Y がまいたガソリンに引火し、本件自動車全体が炎に包まれ、V は焼け死んだ。



1. 道具性要件

被利用者の知情事例では、まず初めに、どの時点まで道具性があり、どの時点から道具性が失われるのかということを確認する。〔事例 1〕では、「予備行為」完了までは Y の道具性が認められるが、「実行行為」前に Y の道具性が失われることになる。

2. 間接正犯の実行の着手時期

次に、道具性が失われる前に間接正犯の実行の着手があったのかを

基本刑法 I 350 頁

高橋総論 495 頁

A

平成 25 年司法試験改題

検討することになる。間接正犯の実行の着手時期については、利用者標準説と被利用者標準説が対立している。

(1) 利用者標準説

未遂処罰の根拠は結果発生の現実的危険性にあるところ、利用者により一方的に利用・支配されている被利用者が実行行為を行うことの自動性・確実性からすれば、被利用者の行為は利用行為から結果発生に至るまでの因果関係の経過にすぎないから、利用行為の時点で被利用者の行為を介した結果発生の現実的危険性が認められる。そこで、利用行為の開始時に間接正犯の実行の着手が認められると解する。

この見解からは、道具性喪失前に間接正犯の実行の着手時期がくることになるから、X が間接正犯の実行に着手していたといえ、少なくとも殺人未遂罪の間接正犯が成立する。

(2) 被利用者標準説

ア. 利用行為時には結果発生の危険性が切迫しているとはいえないこと、利用行為時では実行の着手時期が極めて早くなることを理由に、被利用者の行為の開始時に間接正犯の実行の着手が認められるとする見解である。問題は、そのための理論構成である。⁴⁾

第1に、実行行為概念と着手概念とを分離し、被利用者の行為に至ったときに実行の着手が認められ、その際、それまで予備行為であった利用行為が実行行為に転化するという構成である。しかし、実行の着手以降の段階を実行行為と称することが簡明であるから、実行行為概念と着手概念を分離する構成は妥当でない。

第2に、間接正犯を作為・不作為の複合形態と理解し、被利用者の行為の開始時にそれを阻止すべき作為義務違反を認めるという構成がある。しかし、利用行為のみを理由に作為義務を肯定することには疑問があるし、被利用者の行為時（離隔犯の場合には到達時）に作為可能性が失われている場合には作為義務違反を認めることができないため、妥当でない。

第3に、実行行為と着手時期とを分離せず、これらと未遂概念を区別した上で、前者は一般的危険で足り（規範的違法性を基礎づける）、後者には具体的危険を要求する（可罰的違法性を基礎づける）という構成もある。

イ. 被利用者標準説に立った場合、Y が実行行為前に道具性を喪失していることから、X は間接正犯の実行に着手していないということになる。したがって、Y の実行行為をX に帰責することができない（規範的に見て、Y が直接行った実行行為をX が自ら行ったと評価することができない。）。そのため、X については、殺人罪の実行行為を行っていないと評価されることになるから、殺人

基本刑法 I 262～263 頁、高橋総論

404 頁

高橋総論 403～405 頁

⁴⁾ 高橋総論 403 頁は、「間接正犯および離隔犯の実行の着手時期の問題」について「判例は、一貫して被利用者説（到達時説）に立脚している」とする。

未遂罪の間接正犯すら成立しない。

もっとも、Xの指示行為からYの道具性が失われるまでの間に、YがXの道具として殺人の予備行為を行っているため、XはYを道具として利用することで（間接的に）殺人の予備行為を行ったと評価することができるから、殺人予備罪の間接正犯が成立することになる。

3. 間接正犯の実行の着手を認めた場合

利用行為と死亡結果の間に因果関係が認められるのであれば殺人既遂罪の間接正犯が成立することになる。

もっとも、Yが知情した上で自己固有の殺意に基づいて実行行為を行ったという異常性の高さから、(V死亡の直接的原因になっている)Yの実行行為がXの指示によってもたらされたとまでは評価できないから、危険の現実化としての因果関係は認められず、殺人未遂罪の間接正犯にとどまるのが通常である。

4. 因果関係を否定した場合

前記3で因果関係を否定し、Xについて殺人未遂罪の間接正犯が成立することとどまるという結論をとった場合、別途、Xについて殺人既遂罪の教唆犯(61条1項)の成否が問題となる。

ここでは、主として、㊦「教唆」の成否、㊧「教唆」と「実行」行為の因果関係、㊨間接正犯と共犯の錯誤、㊩因果関係の錯誤が問題となる。

5. 放火罪についての共謀に基づく殺人既遂罪の共謀共同正犯の成否

XとYは、本件自動車を放火することについて共謀しているため、仮にこの共謀の因果性がYによるV殺人の実行行為(本件自動車を放火した行為)に及んでいた場合には、Xには殺人罪の故意もあることから、殺人罪の共謀共同正犯の成立が認められるとも思える。

しかし、(やわらかな部分的)犯罪共同説からは、共同正犯の成立範囲は共謀した特定の犯罪の罪名に縛られるため、殺人罪の共謀がない以上、殺人罪の共謀共同正犯の成立は認められない。

[事例2] 横領罪

Xは、高利貸業者Aの従業員として、AからAの口座から預金を払い戻す権限を付与されている者であるところ、当面の遊興費を得るためにAの口座からX自身が代表者を務めるB社の口座に200万円を振り込むことを企て、Xの部下であるY(営業を担当する事務員)に対し、「B社から支払請求が来ているからB社の口座に200万円を振り込んでくれ。」と指示し、Aのカードを渡すとともに、Aのカードの暗証番号及びB社の口座番号等を伝えた。

Yは、銀行に向かう途中、XがB社の口座に振り込むことにより不正に

基礎応用 146頁・3(1)

A

平成21年司法試験改題

立するかという問題である。

目的を有しない被利用者には、刑法上の禁止の対象である行為を行うという認識がなく、反対動機の形成可能性がないのだから、道具性があるといえ、目的犯の間接正犯が成立する。

(5) 適法行為の利用

利用者が被利用者の行為を利用することで構成要件該当事実を生じさせたが、被利用者の行為には違法性阻却事由が認められるため犯罪が成立しないという場合（例えば、XがYの正当防衛行為を利用して自らの殺意を実現した場合）に、間接正犯が成立するかという問題である。

被利用者は構成要件に該当する行為を行うことの認識があるものの、違法性阻却事由の存在について認識している以上、自らの行為が犯罪を構成するという認識がないのであるから、反対動機の形成可能性を欠き、道具性が認められると解すべきである。したがって、間接正犯が成立する。

基本刑法 I 316～317 頁、山口総論
73～74 頁、講義案 79 頁

第5節. 不真正不作為犯

不作為とは、「期待された作為をしないこと」を意味し、不作為によって構成要件を実現する場合を不作為犯という。

不作為犯には、不作為を明示的に構成要件要素として規定し、それが犯罪となる条文を法文上明定している真正不作為犯（不退去罪[130条後段]、保護責任者不保護罪[218条後段]等）と、不作為が明示的に構成要件要素として規定されていない不真正不作為犯とがある。

case1 : Xは、自宅において1人で、生後数か月の実子Vを養育していたところ、育児に疲れたため、Vを殺害して育児から解放されたいと思い、Vの生存に必要とされる授乳等を一切行わなくなり、その結果、Vは衰弱して死亡した（不作為による殺人既遂罪 - 不真正不作為犯）。

1. 実行行為の特定

(1) 作為と不作為の区別

不作為は、期待された作為をしないことを意味する。そのため、積極的な行為も、期待された作為をしないことの一環として不作為を構成することがある。

実行行為を作為・不作為のいずれで捉えるのかの判断においては、なぜ結果が発生したのか（結果の発生の原因が作為と不作為のいずれにあるか）が問題とされる。すなわち、期待された作為を行わなかったから結果が発生したといえる場合には、実行行為は不作為と捉えるべきである。

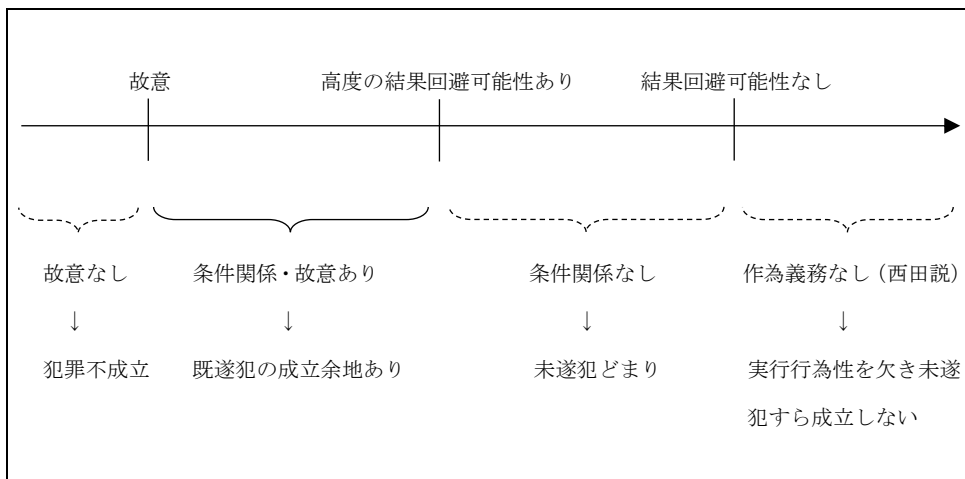
(2) 時間的範囲

故意及び因果関係との関係から、「故意を生じた時点」から「結果回避可能性のあった時点」までの間における不作為を実行行為と捉えるべきである。

まず、①故意は実行行為時に備わっていることを要するから、実行行為は故意を生じた時点又はそれ以降の不作為に求めなければならない。

次に、②既遂結果発生事案であれば、既遂犯成立が認められるための前提として、条件関係の要件である結果回避の高度の蓋然性が認められる時点までにおける不作為を実行行為と捉える必要がある。

[図解]



A

山口総論 78頁

(総)

山口総論 78頁

(1)(2)のうち、特に(2)については、それによって実行行為を特定するだけで足り、思考過程をそのまま答案で説明する必要まではないのが通常である。

[過去問]

事案：病室で夫 V の看病をしていた妻 X は、D 薬によるアレルギー反応により夫 V の容体に異変が生じていることを認識しながら、午後 2 時頃、V の生死を、医師等の医療従事者の手にはなく、運命に委ねることを決め、その結果がどうなろうとその運命を従うこととし、殺人の故意を生じた。

X は、上記の殺人の故意に基づき、V の容体の異変を Y ら病院関係者に報告することなく、事態を放置した。その際、巡回に来た看護師に対し夫 V の容体に変化はない旨の虚言を述べ、看護師による容体確認等を妨げるという積極的な行為にも及んだ。

午後 3 時 50 分、V が D 薬による急性アレルギー反応による呼吸困難によりショック死した。

遅くとも午後 2 時 20 分までに、医師、看護師等が V の異変に気付けば、当時の A 病院の態勢では直ちに医師等による救命処置が開始可能であって、それにより V は救命されたものと認められたが、V の異変に気付くのが、それより後になると、V が救命されたかどうかは明らかでなく、午後 2 時 50 分を過ぎると、V が救命される可能性はほとんどなかったものと認められた。

解説：X には、午後 2 時頃、V の生死を運命に委ねることを決めた時点で殺意が認められる。

そこで、X がかかる時点から救命可能性が認められる午後 2 時 20 分まで V の容体の異変を Y に報告しなかったという不作為について、殺人罪（刑法 199 条）の成否を検討することとなる。

なお、X が巡回に来た看護師に対し夫 V の容体に変化はない旨の虚言を述べたことは、V の容体の異変を報告する（作為義務の内容）という期待された作為を行わない不作為の一環をなすものにすぎないと理解される。

A

平成 22 年司法試験改題

2. 不真正不作為犯の実行行為性

例えば、刑法 199 条は、「人を殺した」と規定しているから、作為による殺人のみを予定しているかのように読める。にもかかわらず、不作為が殺人罪の構成要件に該当し得るのか。これが、不真正不作為犯の実行行為性（あるいは、構成要件該当性）の問題である。

[論点 1] 不真正不作為犯の実行行為性

不真正不作為犯は、構成要件的行為が作為に限定されている条文で不作為を処罰するわけではないから（不作為も殺人罪等の構成要件に本来的に含まれていると考える）、法律主義（罪刑の法定性）や類推適用の禁止という意味での罪刑法定主義には反しない。

もっとも、予測可能性の保障という罪刑法定主義の要請に照らし、不作為につき作為との同価値性を要求することで、不真正不作為犯の成立範囲を限定すべきである。

そこで、不真正不作為犯の実行行為性が認められるためには、①作為義務及び②作為の可能性・容易性が必要であると解する。

A

高橋総論 154 頁、山口総論 76 頁、

佐伯 83 頁

佐伯 83～84 頁

(補足)

①は、保証人的地位とも呼ばれるものであり、行為者に対して当該法益の保護が社会的に期待される場合に認められるものである。¹⁾

①の発生根拠としては、法令、契約、事務管理、条理、先行行為、排他的支配ないし支配領域性、保護の引受けなどがあり、これらの作為義務の発生根拠は多元的に理解されている。²⁾

②作為の可能性・容易性は、作為義務違反の前提要件として必要とされるものである。

平成 22 年司法試験・出題趣旨

高橋総論 167 頁

[判例 1] シャクティ事件

事案：X は、手の平で患者の患部をたたいてエネルギーを患者に通すことにより自己治癒力を高めるという「シャクティパット」と称する独自の治療を施す特別の能力を持つなどとして信奉者を集めていた。

A は、被告人の信奉者であったが、脳内出血で倒れて病院に入院し、意識障害のため痰の除去や水分の点滴等を要する状態にあり、生命に危険はないものの、数週間の治療を要し、回復後も後遺症が見込まれた。A の息子 B (X の信奉者) は、遺症を残さずに回復できることを期待して、A に対するシャクティ治療を X に依頼した。

X は、B の依頼を受け、滞在中の県内のホテルで同治療を行うとして、B らに指示して、痰の除去や水分の点滴等の医療措置が必要な状態にある A を入院中の病院から運び出させ、その生命に具体的な危険を生じさせた。

X は、前記ホテルまで運び込まれた A に対するシャクティ治療を B らからゆだねられ、A の容態を見て、そのままでは死亡する危険があることを認識したが、上記の指示の誤りが露呈することを避ける必要などから、シャクティ治療を A に施すにとどまり、未必的な殺意をもって、痰の除去や水分の点滴等 A の生命維持のために必要な医療措置を受けさせないまま A を約 1 日の間放置し、痰による気道閉塞に基づく窒息により A を死亡させた。

判旨：「以上の事実関係によれば X 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、X 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、X 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

B (総)

最決 H17.7.4・百 I 6

1) 従来通説では、通常、社会生活上その者が当然にその法益の保護（法益侵害の結果発生回避）に当たるべき地位（保障人的地位）にあるときに作為義務が認められる（刑事実体法演習 160 頁）。このような意味での保証人的義務は、結局、行為者に対して直接的・間接的に当該法益の保護を社会的に期待するか否かによるのである（高橋総論 162 頁）。

2) 先行行為とは、不作為以前に自己の故意又は過失に基づく行為により危険を生じさせた者（結果発生に向かう因果を設定した者）は、当然その危険を解消するべきであるとの考えに基づくものである（山口総論 82 頁、高橋総論 160 頁）。

排他的支配ないし支配領域性とは、不作為者が結果へ向かう因果経過を具体的・現実的に支配したことに着目して作為義務を肯定する考えである（山口総論 89 頁、高橋総論 161 頁）。

保護の引き受け（事実上の引き受け）とは、不作為者が法益保護を事実上引き受けたことにより、不作為者と法益との密接性が生じることに着目し、法益保護が不作為者に依存することを根拠として、作為義務を肯定する考えである（山口総論 88～89 頁、高橋総論 160～161 頁）。

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 X には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である。」

解説：本決定は、①「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」という先行行為、②「患者が運び込まれたホテルにおいて、X 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」という保護の引き受け・排他的支配を根拠に、「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」を認めた。

基本刑法 I 86 頁

[判例 2] 火鉢事件

事案：会社の営業所で残業していた X は、仮眠中、自分が机の下に放置していた火鉢から書類や机に火が燃え移ったにもかかわらず、自己の失策が発覚するのを恐れて、そのまま立ち去った。その結果、営業所が全焼した。

判旨：「X はふと右仮睡から醒め右事務室へ入り来つて右炭火からボール箱入原符に引火し木机に延焼しているのを発見したところ、その際 X が自ら消火に当りあるいは…宿直員 3 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ったのに、そのまま放置すれば火勢は拡大して…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つた結果、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…を焼燬した、というのである。すなわち、X 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ってあえて X 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。されば結局これと同趣旨により右所為を刑法 108 条の放火罪に当たるとした原判示は相当であ…る…。」

解説：本判決は、①自己の過失により出火させたという先行行為、②残業職員としての地位を根拠として、X について消火措置をとる義務を認めた。なお、③排他的支配（出火当時、営業所内には X のほか宿直員等が滞在していたようであるが、出火場所である事務室には X しかいない）を認める余地もある。

基本刑法 I 87～88 頁

なお、大審院の判例は、被告人に「既発の火力（危険）を利用する意思」があったことに言及しており、これを特別の主観的要件とする学説も現れたが、最高裁はこれを不要としている。

大判 T7.12.18、大判 S13.3.11

最判 S33.9.9・百 I 5

[論点 2] 結果回避可能性と作為義務の関係

客観的には結果回避可能性がないが、主観的には結果回避可能性があった場合に、不作為による殺人未遂罪は成立するか。

確かに、具体的危険説によれば、殺人未遂罪の成立を肯定し得る。

しかし、不真正不作為犯が法益保護のための例外的な処罰であることからすれば、客観的に結果回避可能性がない場合には、期待されるべき作為を観念することができないとして、作為義務が認められず、実行行為性を欠くと

B (総)

西田総論 124 頁

解すべきである。

したがって、殺人未遂罪は成立しない（なお、事案によっては殺人予備罪が成立し得る。）。

〔論点3〕 先行する作為と後行する不作為との関係

B (総)

第一行為によって傷害を負わせた後、不作為により先行する傷害を原因とする死亡の結果を生じさせた場合に、第一行為について傷害致死罪の成立を認めるべきであろうか。

1. 第二行為である不作為に殺人罪が成立するか

因果関係（のうち条件関係）の判断では、第二行為がなくても第一行為により形成された傷害を原因として死亡結果が発生していたであろうという仮定的因果経過は捨象される。そうすると、期待された作為がなされていたならば高度の蓋然性をもって結果が回避されたといえる以上、第二行為である不作為と死亡結果の間の条件関係を否定することはできない。

また、被害者の特殊事情や第二行為後の介在事情もないから、第二行為である不作為の危険が死亡結果へと現実化したともいえる。

したがって、第二行為である不作為と死亡結果の間の因果関係が認められる。

第二行為の時点では殺人の故意もあるため、第二行為には不作為による殺人罪が成立する。

2. 第一行為である作為に傷害致死罪が成立するか

(1) 傷害罪の客観的構成要件（実行行為・傷害結果・因果関係）を認定する。

(2) 傷害致死罪の成否

ア. 因果関係

第一行為により死因が形成されていること、介在事情である不作為は単なる因果の契機を放置するものにすぎず、結果に対する因果的寄与は小さいこと、及び介在事情である不作為の異常性が低いことからすると、第一行為の危険性が被害者の死亡へと現実化したといえ、因果関係は認められる。

イ. 死の二重評価を回避するための法律構成

第一行為に傷害致死罪の成立を認めると、不作為に殺人罪又は保護責任者遺棄等致死罪が成立するため、死の結果を二重評価することとなる。

この死の結果の二重評価を避けるために、第一行為にだけ死の結果を帰責させたのでは、第一行為の時点では殺意がないことから殺人罪に問えず、刑が不当に軽くなる。

そこで、死の結果の二重評価を避けるための法律構成としては、死亡の点は不作為による殺人罪（又は保護責任者遺棄等致死罪）に吸収されると解すべきである。

したがって、第一行為には傷害罪が成立するにとどまり、これと不

危険の現実化説を前提として、大阪南港事件の類型（直接実現型）に従い、因果関係を肯定している。

作為による殺人罪は併合罪となる（吸収されるのは死の結果だけであるから、包括一罪とはならない。）。

3. 不作為犯の「実行に着手」（43 条本文）³⁾

(総) 高橋総論 405～406 頁

未遂処罰の根拠は結果発生の実現的危険にあるから、構成要件の結果発生に至る現実的危険を含む行為の開始時に「実行に着手」が認められると解する（実質的客観説／行為説）。

不作為犯では、既遂結果発生の実現的危険の惹起と作為義務違反の双方が認められるに至った時点で「実行に着手」が認められる。

具体的には、次のように考える。

[論点 4] 不作為犯の「実行に着手」（43 条本文）

B (総)

未遂犯処罰の根拠は既遂結果発生の実現的危険性にあるから、危険発生が作為義務発生に先行している場合（結果発生の実現的危険がすでに発生しており、行為者の作為があればその危険を回避し得る場合）には、行為者が危険の存在を認識した時に作為義務が発生し、これに違反した時点で不作為犯の「実行に着手」が認められると解する。

これに対し、危険発生に作為義務発生が先行している場合（行為者の作為がないと結果発生の実現的危険が発生する場合）には、作為義務違反により既遂結果発生の実現的危険を生じさせた時点で不作為犯の「実行に着手」が認められると解する。

4. 不作為犯の因果関係

詳細は (総)

(1) 既遂結果発生事例

[論点 5] 不作為犯の因果関係

既遂結果と不作為の間の因果関係が問題となる。

A

(論証 1) 条件関係

かつては、不作為は無であり、無から有は生じないとして、不作為の条件関係は認められないとする見解があった。

しかし、不作為は、何もしないという無ではなく、一定の期待された作為をしないことであるから、結果発生に対する原因力を有し得る。

そこで、不作為にも条件関係が認められると解する。

そして、不作為犯の条件関係は、仮定的判断を要するから、ある期待された作為がなされていたならば高度の蓋然性をもって結果が回避されたといえる場合に認められると解する（判例）。⁴⁾

基本刑法 I 89 頁、高橋総論 154 頁

最決 H 元 12.15・百 I 4

事案によっては「合理的な疑いを超える程度に確実」という規範の方が使いやすことがある。

³⁾ 未遂犯事案（既遂結果不発生／因果関係否定）では、「実行に着手」として論じる。これに対し、既遂犯事案（既遂結果発生＋因果関係肯定）では、実行行為として論じる。

⁴⁾ 本決定は、「十中八、九…救命が可能であった。…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」と述べて因果関係を肯定している。ここから、不作為犯における条件関係が認められるために必要とされる結果回避可能性の程度については、「合理的な疑いを超える程度に確実」（山口総論 80 頁、基本刑法 I 91 頁）や「高度の蓋然性をもって結果が回避された」（西田総論 123 頁）理などと理解されている。

なお、本決定は、不作為の因果関係のリーディングケースとして引用されることがあるが、厳密には、条件関係についての判断を示したものである（基本刑法 I 61～62 頁・89～90 頁）。

(論証2)

因果関係が認められるためには、条件関係に加え、行為の危険性が結果へと現実化したことが必要である。⁵⁾

基本刑法 I 90 頁

(2) 既遂結果未発生事例

学説には、「行為自体の危険」と「結果としての危険」を区別した上で、未遂犯の成立要件について、①「犯罪の実行に着手」したこと、②構成要件的结果に至る具体的危険が発生したこと、③構成要件的结果が発生しなかったことの3つに整理するものもある。

高橋総論 393 頁

この見解によると、未遂犯の成立には、「犯罪の実行に着手」したことにより構成要件的结果に至る具体的危険が発生したこと(①・②)という意味で、因果関係が必要となる。

5. 故意

(1) 故意の定義

故意(38条1項本文)とは、客観的構成要件該当事実の認識・認容を意味する。

確定的認識・未必的認識、意欲・消極的認容という分類まで意識して論じるのが望ましい。

ア. 殺人罪の事案では、殺意の存在が明らかであっても、故意の定義を示した上で、殺意を認定する。

当てはめでは、認識と認容を区別した上で、行為者の心理状態に関する問題文の記述を答案で摘示・評価して、故意の存否を認定する。

イ. 作為犯の場合、構成要件該当事実の認識がありながら自らの意思で構成要件的行为に及んだことにより構成要件の実現を受容した(あるいは、結果発生について意を介していない)といえるから、少なくとも犯罪の成否のレベルでは、故意の問題は認識の問題にほぼ収斂される。したがって、少なくとも司法試験においては、作為犯の故意の認定では、実行行為の危険性及び結果発生の蓋然性の認識が中心的な検討対象となることがほとんどである。⁶⁾

これに対し、不作為犯の場合は、不作為の危険性(被害者の容体の異変など)についての認識はあるものの、不作為を継続するかどうか(期待された作為に出るかどうか)を迷っている間に時間の経過とともに結果回避可能性が低下していくため、どの時点で「認識」が生じ、どの段階で「認容」したのか(因果関係を肯定できるだけの結果回避可能性がある段階で

⁵⁾ 「条件関係」と「危険の現実化」の関係については、両者を区別する考え(基本刑法 I 73 頁以下)と、後者が前者の問題を包摂するとして「危険の現実化」で一元的に理解する考え(山口総論 55 頁・60~61 頁)とがある。理論的には一元的な理解のほうが正しいと思われるが、説明の便宜(あるいは、論点落としの回避)という観点からは、二元的理解に立った上で、条件関係固有の問題(作為による結果回避可能性の問題)が顕在化している事案に限り、条件関係にも言及するという整理が望ましいと考える。例えば、不作為の殺人罪のように、介在事情の異常性・寄与度とは別に、期待された作為による結果回避可能性という条件関係固有の問題が顕在化している事案では、因果関係を肯定するのであれば、説明の便宜上、「条件関係」⇒「危険の現実化」という流れで答案を書くのが望ましい。反対に、結果回避可能性という条件関係固有の問題が顕在化していない事案では、危険の現実化の判断が条件関係の判断を包摂するという見解を前提に、危険の現実化説一本で処理しても構わない。

⁶⁾ もっとも、積極的な意欲に基づく殺人の場合には、意欲を基礎づける動機に関する事実にも言及することになる。

「認容」したといえるか) が問題になることが多い。

(2) 作為義務の錯誤

作為義務の錯誤は故意を阻却するか。

[論点 6] 作為義務の錯誤

例えば、Xは、実子Vが川で溺れているのを見て、Vを他人の子であると勘違いしたため、Vを救助せずにその場を立ち去ったところ、Vが溺死したという事案では、XにはVに対する殺人罪の故意が認められるのか。

構成要件の故意は、客観的構成要件該当事実の認識・認容を意味する。そうすると、作為義務も客観的構成要件要素であるから、故意の認識対象になる。もともと、作為義務は規範的構成要件要素であるから、素人的な意味の認識があれば足りると解する。具体的に、作為義務の存在・発生を基礎づける事実の認識があれば足りると解する。なお、責任故意の段階で、法律の錯誤（評価の錯誤）も問題となり得る。

(総)

B

6. 不作為による殺人罪と保護責任者遺棄等致死罪の区別

不作為によって被害者を死亡させた場合、不作為による殺人罪と保護責任者遺棄等致死罪の区別が問題となる。

なお、被害者が死亡しなかった事案では、不作為による殺人未遂罪と保護責任者遺棄等罪（致傷事案であれば保護責任者遺棄等致傷罪）の区別が問題となる。

[論点 7] 不作為による殺人罪と保護責任者遺棄等致死罪の区別

(論証 1) 作為義務と保護責任の内容で区別する見解

結果犯である殺人罪の作為義務と危険犯である保護責任者遺棄等罪の保護責任とでは、その内容が異なると解すべきである。

具体的には、生命に対する危険が直接死亡に直結するものか、それとも比較的軽微なものにとどまるのかで区別される。

(論証 2) 殺意の有無で区別する見解

保護責任者遺棄等致死罪(219条)は「よって」という文言を用いている結果的加重犯であるから、殺意がある場合は含まれない。

そこで、殺人罪と保護責任者遺棄等致死罪は、殺意の有無によって区別されると解する。

(総)

B

山口各論 38 頁

(論証 1) の見解を採用する場合、[論点 7] を前記 2 の作為義務の中で論じる。

基本刑法 II 25 頁、大判 T4.2.10 等

(論証 2) の見解を採用する場合、[論点 7] を前記 5 の中で論じる。

第6節. 因果関係

A

1. 条件関係

因果関係は、発生した結果を実行行為に帰責（帰属）させる役割を果たすものであるから、それが認められるためには、少なくとも、実行行為によって結果が惹起されたという事実的な関係（つながり）という意味での事実的因果関係（条件関係）の存在が必要である。

基本刑法 I 59 頁

このように、条件関係は、因果関係が認められるための最低条件である。

(1) 条件関係の判断公式

条件関係は、「その行為がなければその結果は発生しなかった」（＝「あればこれなし」）という判断基準により判断される。

この公式は、「その行為がなければ」と仮定して判断するため、仮定的消去法の公式とも呼ばれている。

基本刑法 I 59 頁

(2) 条件公式の使い方

山口総論 54～57 頁、基本刑法 I 59

ア. 結果の具体的把握

～65 頁

構成要件の結果は具体的に把握される。実行行為との間の因果関係が問題となる結果は具体的な結果だからである。¹⁾

イ. 代替的原因の存在

現実に遂行された実行行為のほかに、構成要件の結果を同様に惹起しうる代替的原因が存在する事例においては、実行行為を取り去っても、代替的原因によって構成要件の結果が同様に発生していたであろうから、「行為なければ結果なし」の公式によると条件関係を肯定することができないことになるのではないかという問題がある。

〔論点 1〕 択一的競合事例

B

代替的原因が現実化した事例である。例えば、X と Y の二人が、それぞれ独立に、V を殺害しようとして、V の飲み物にそれぞれ致死量の同一毒を混入し、その結果、V が死亡した事例である。

代替的原因が現実化した択一的競合事例では、「行為なければ結果なし」の公式によると、双方の行為につき条件関係が否定される。

これでは、双方の行為に条件関係が肯定される重疊的因果関係の事例との均衡を欠く。

そこで、上記公式は条件関係判断の補助公式にすぎず、当該行為の作用により結果が発生したと認められる場合には条件関係が認められると解すべきである（合法則的条件説）。

〔論点 2〕 仮定的因果関係の事例

B

代替的原因が潜在化していた事例である。例えば、死刑囚に対して死刑が執行される際、被害者の父親がその場に現れ、死刑執行のボタンを自分で押し、執行予定時刻に死刑囚を死亡させたという事例である。

¹⁾ 不作為犯と過失犯では、期待された作為・結果回避義に合致した行為がなされていたならばという仮定をして、結果回避可能性の観点から条件関係が判断される（山口総論 55～57 頁）。これについて、付け加え禁止の原則に対する例外であるという見方もある（基本刑法 I 61 頁）。

条件関係は、行為なければ結果なしの公式により判断されるのが通常である。

確かに、仮定的因果関係の事例では、当該行為がなくても潜在する代替的原因により結果が発生していたのだから、行為なければ結果なしという関係が認められないとも思える。

しかし、因果関係の判断過程において構成要件の結果は具体的に把握される。

そうすると、潜在していたにとどまる代替的原因を捨象して、行為なければ結果なしという関係の存否を判断されることになる（付け加え禁止の原則）。

2. 法的因果関係

詳細は（総）

case1：XがVに布団で鼻口部を圧迫するなどの暴行を加えたところ、Vには重篤な心臓疾患があったため、Xの暴行がそれ自体では人を死亡させる危険を有しないものであったにもかかわらず、Vが死亡した（行為時の被害者の特殊事情）

因果関係以前に不能犯の成否も問

題となる（基礎応用121頁）

case2：Xの暴行によりVの死因である内因性高血圧性橋脳出血が形成され、その後、予見不能なYの暴行により上記脳内出血が拡大されることでVが幾分か死期を早めて死亡した（行為後の介入事情 - 第三者の行為）。

case3：Vは、Xによる執拗な暴行から逃れるために、公道上を走っていたところ、心理的に動揺していたことから、冷静な判断ができる状態になかったため、高速道路に進入してしまい、その直後、疾走してきた自動車に衝突されて死亡した（行為後の介入事情 - 被害者の行為）。

（1）判例・学説の流れ

因果関係には偶発的な結果を排除して適正な帰責範囲を確定する機能があるから、因果関係が認められるためには、条件関係に加え、法的因果関係も認められる必要がある。

基本刑法166頁

法的因果関係については、その行為からその結果が発生することの経験的通常性を基準として判断する相当因果関係説がある。²⁾

基本刑法167頁、高橋総論126頁・

131頁

相当因果関係説の内部では、経験的通常性の判断基底の範囲について、行為時に行為者が認識・予見した事情及び認識・予見し得た事情とする主観説、行為時に存在した全事情及び行為後に生じた客観的に予見可能な事情とする客観説、並びに行為時に一般人が認識・予見し得た事情及び行為者が特に認識・予見していた事情とする折衷説が対立している。

大阪南港事件では、Xの暴行によりVの死因である内因性高血圧性橋脳出血が形成され、その後、予見不能なYの暴行により上記脳内出血が拡大されることでVが幾分か死期を早めて死亡しているところ、Yの暴行は異常性の高いものであるために一般人の認識・予見可能性も客観的な予見可能性も認められない上、Xによる認識・予見も認められないから、主観説・客観説・

最決H2.11.20・百110

²⁾ 経験的通常性とは、「一般人の経験上その行為からその結果が発生することが相当であること」を意味する（基本刑法167頁）。

折衷説のいずれにおいても、Yの暴行を経験的通常性の判断基底に取り込むことができない。

相当因果関係説の中には、経験的通常性を問題とする因果経過を「Xの暴行によるVの死亡」という現実には存在しなかったものとして抽象的に捉えることで、Xの暴行が死因となった上記脳内出血を形成するほど強力なものであったのだから、これによりVが死亡するという因果経過には経験的通常性が認められるとするのであるとして、相当因果関係を肯定する見解もある。

他方で、経験的通常性を問題とする因果経過を「Xの暴行、Yの暴行、上記脳内出血によるVの死亡」という現実には存在するものとして捉える見解からは、Xの暴行とVの死亡の間に介在してV死亡に対して因果的に寄与しているYの暴行を判断基底に取り込むことができない以上、因果経過の経験的通常性が否定され、相当因果関係は認められないことになる。

このように、相当因果関係説では、Yの暴行が判断基底から除外された場合に相当因果関係を認めることができるかについて、因果経過をどこまで抽象的に捉えるのかによって結論が異なるという意味で、具体的な介在事情を判断基底から除外した後に因果経過の経験的通常性を判断する際に因果経過をどこまで抽象的に捉えるべきかが不明確であるという問題点がある。

さらには、経験的通常性をどのように判断するのかが不明確であるという問題点もある。

相当因果関係説が抱える問題は、大阪南港事件のように、実行行為により結果発生原因が直接形成されているものの予見不能な介在事情により結果発生が早められたという事案で顕在化する。³⁾

[論点 3] 危険の現実化説

因果関係には偶発的な結果を排除して適正な帰責範囲を確定する機能があるから、因果関係が認められるためには、条件関係に加え、法的因果関係も認められる必要がある。

法的因果関係については、経験的通常性を判断基準とする相当因果関係説もある。

相当因果関係説によると、実行行為により結果発生原因が直接形成されているものの予見不能な介在事情により結果発生が早められたという事案では、介在事情を判断基底に取り込むことができないため、因果経過を具体的に捉えると相当因果関係が否定される。

行為者の行為の結果発生に対する寄与度が大きい一方で介在事情の寄与度が小さいにもかかわらず、法的因果関係が否定されるのは妥当でない。

適正な帰責範囲を確定するためには、介在事情の寄与度も考慮するべきで

基本刑法 172 頁

ローブラ 18 頁

基本刑法 172～73 頁

高橋総論 131 頁、佐伯 66 頁

A

³⁾ 相当因果関係説と危険の現実化説の対立が顕在化するの、典型的には、大阪南港事件のような行為後の介在事情がある事案のうち直接表現型に属する事案である。もっとも、行為時に被害者の特殊事情がある事案でも顕在化することがある。例えば、「Xは、Vを昏睡させるつもりで、睡眠薬を入れたワインをVに飲ませた。Vは、睡眠薬の摂取により、X・V双方が認識していなかった特殊な心臓疾患が急激に悪化して、急性心不全に陥り、死亡した。ワイングラスに混入した睡眠薬の量は、Vの特殊な心臓疾患がなければ生命に対する危険性は全くないものであった。」(令和2年司法試験設問2・3)という、行為時に存在した被害者の特殊事情を経由して結果が発生した場合である。

ある。

そこで、法的因果関係の存否は、行為の危険性が結果へと現実化したかで判断し、その際には介在事情の異常性と結果への寄与度が考慮されると解すべきである（危険の現実化説 - 判例）。^{4) 5) 6)}

平成30年司法試験短答式刑法第19

問

(2) 事案類型

ア. 被害者の特殊事情

B

case1 のように、行為者の実行行為そのものの危険性だけでは結果を発生させるには足りないが、実行行為そのものの危険性と被害者の特殊事情（心臓疾患等）とが相まって結果発生に繋がったという事案において問題となる（基本的に、因果関係の有無以前に、実行行為性レベルのこととして不能犯の成否が問題となる。）。

山口総論 61～62 頁

実行行為の危険性は、実行行為時に存在した全事情を基礎に客観的に判断されるから、被害者の特殊事情の存在を前提として判断される（被害者の特殊事情は、その異常性の程度を問わず、行為の危険性を判断する事情として考慮される。）。

したがって、当該行為は、被害者の特殊事情と相まって結果を生じさせる危険性があると評価されるから、危険の現実化が認められ、因果関係が肯定される。

[判例 1] 老女布団蒸し事件

B

事案：X が V に布団で鼻口部を圧迫するなどの暴行を加えたところ、V の心臓等に高度の病的素因があったため、V が心臓死した。

最判 S46.6.17

判旨：「致死の原因たる暴行は、必ずしもそれが死亡の唯一の原因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ったため、これとあいまって死亡の結果を生じた場合であつても、右暴行による致死の罪の成立を妨げないと解すべきことは…当裁判所判例…の示すところであるから、たとい、…X の本件暴行が、V 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、X が行

4) 行為そのものの危険性は「介在事情の…結果への寄与度」として考慮される。両者は表裏の関係に立つからである。行為の危険性は、行為時に存在した全事情を基礎に客観的に判断される（山口総論 61 頁）。

5) 危険の現実化説では、介在事情の予見可能性は危険の現実化の判断に意味を持ちうる限りで考慮されるものであると説明される（山口総論 60 頁）。これは、介在事情の予見可能性は、介在事情の異常性の有無・程度の判断において考慮されるという意味であると思われる。

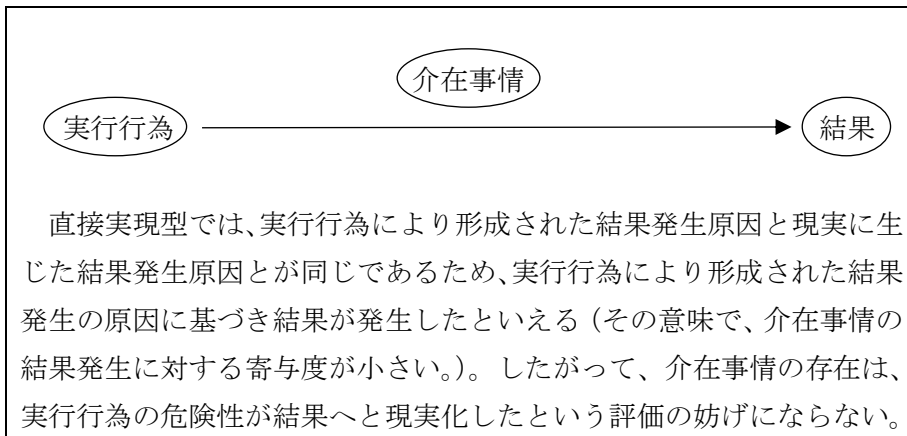
6) 危険の現実化説については、「この見解によれば、因果関係の有無は、客観的に存在するすべての事情を判断の基礎とし、実行行為の危険性、介在事情の異常性、介在事情の結果への寄与度等を考慮しつつ、行為の中に含まれている危険が結果の中に現実化したかによって判断することになる」（基本刑法 I 初版 81 頁）として、前田教授が総合衡量の要素とする、①実行行為そのものの危険性の大小（実行行為時における結果発生の蓋然性の程度）・②行為時併発事情・行為後介在事情の異常性（予見可能性の低さ）・③実行行為と併発・介在事情の最終結果への寄与度（前田総論 134 頁）を危険の現実化説の下位基準として挙げる説明もあるが、これらの帰属基準では判例において基準となる「誘発」「支配」「利用」などの要素を盛り込むことはできないだろうという指摘もある（高橋総論 134 頁・48）。また、基本刑法 I 第 2 版 74 頁・第 3 版 74 頁でも、初版における上記記述の一部が削除され、「この見解によれば、因果関係の有無は、客観的に存在するすべての事情を判断の基礎とし、行為の中に含まれている危険が結果の中に現実化したといえるかによって判断することになる」という説明に変更されている。そして、高橋総論 138 頁では、危険の現実化説の下位基準として、①行為による結果発生の危険（結果に対する影響力）の大きさ、②行為と介在した他の事情の関係（支配、利用、誘発、随伴など）を考慮した実質的危険度の修正（これらの事情は「危険の創出」に内在するものでなければならない）、③行為の危険の実現（影響力）がそれら他の事情の影響力によって遮断されるといえるかどうか、④全事情を総合する事後判断が挙げられている。

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…。」

イ. 行為後の介在事情

(ア) 直接実現型

例えば、case2 のように、行為者の実行行為によって結果発生 of 直接的原因が形成されており、行為後の介在事情が当該原因による結果発生を助長する形で結果発生時期が介在事情がなかった場合に比べて早まったにすぎない場合を意味する。



行為者の実行行為が結果発生 of 直接的原因になっている場合には、行為者の実行行為そのものの危険性が結果へと現実化したといえるため、介在事情が危険の現実化を妨げる事情にならないから、介在事情の異常性の程度にかかわらず、因果関係が認められる。⁷⁾

【判例 2】大阪南港事件

事案：X は、ある日の午後 8 時頃から午前 9 時までの間、V の頭部等を多数回殴打するなどの暴行を加えた結果、恐怖心による心理的圧迫等によって、V 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、同人をある建設会社の資材置場まで自動車まで運搬し、同日午後 10 時 40 分頃、同所に放置して立ち去った。

その後、V は、何者かによって角材でその頭頂部を数回殴打されたことにより、既に発生していた内因性高血圧性橋脳出血を拡大させ、幾分か死期が早められ、死亡した。

判旨：「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断は、正当である。」⁸⁾

A

山口総論 62 頁、基本刑法 178 頁

介在事情は、実行行為と結果を結ぶ矢印（線）の外側に位置するというイメージ。

A

最決 H2.11.20・百 1 10

⁷⁾ 直接実現型では、介在事情の結果への寄与度が、危険の現実化という評価を妨げるだけの強さを有しないのである。

⁸⁾ 因果関係の判断においては、「仮に第三者の暴行がなくても、X の暴行によって形成された脳内出血が時間の経過に伴い悪化することにより、V が死亡していた」という仮定的因果経過は捨象されるから、第三者の暴行と V 死亡の間の因果関係を否定することもできない。そうすると、X と第三者の双方に単独犯として傷害致死罪が成立することになり、死の二重評価という問題が生じ得るが、別人間での二重評価にすぎ

(答案)

確かに、第三者の暴行は異常性の高いものであるから、これが X の暴行に起因するとはいえない。

しかし、X の暴行により死因となった内因性高血圧性橋脳出血が形成されているから、X の暴行には、同橋脳出血の悪化により V を死亡させる危険性があったといえる。

したがって、X の暴行そのものの危険性が V 死亡へと現実化したといえ、因果関係が認められる (X には、傷害致死罪が成立する。)

[判例 3] 患者抜管事件

事案：X らの暴行により傷害を負った V は、緊急手術を受けて、一旦は容体が安定したが、医師の指示に従わず体から治療用の管を抜くなどして暴れた結果、容体が急変し、事件の 5 日後に死亡した。

判旨：「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す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、上記のような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…」⁹⁾

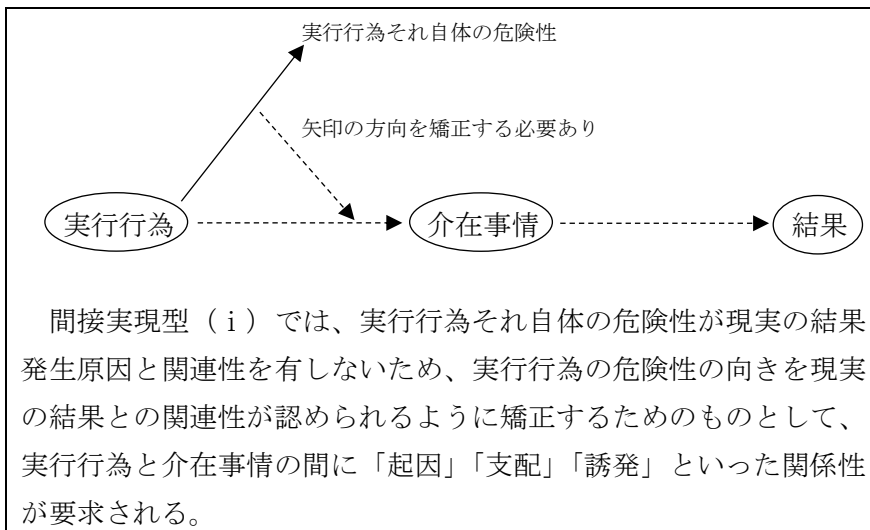
B

最決 H16.2.17

(イ) 間接実現型

case3 のように、介在事情が結果発生の直接的原因になっている場合には、(ア) 直接実現型のように、行為者の実行行為そのものの危険性だけでは、危険の現実化としての因果関係を肯定することができない。もっとも、結果発生の直接的原因になっている介在事情の助けを借りることで、危険の現実化としての因果関係を肯定することができる。

(i) 高速道路侵入事件型



A

最決 H15.7.16・百 I 13

厳密には、実行行為に密接に関連して行為者が行った行為との間に「起因」「支配」「誘発」といった関係が認められる場合でもよい(山口総論 61 頁・64 頁、最決 H16.10.19)。

ないから、量刑上の問題は生じない。死の二重評価が(最も)問題になるのは、同一被告人に、同一被害者の死亡について複数の犯罪(ex.殺人罪、傷害致死罪)の成立を認める場合である。

⁹⁾ 本決定については、「介在した被害者の不適切な行為が治療を受けないという「不作為」であったため、介入事情の結果に対する寄与度が否定され、当初の暴行行為に認められる危険が、医師の治療により妨げられることなく、死の結果へと現実化したとみることができる。」と説明されている(基本刑法 I 76~77 頁)。他方で、「本件の場合、いったん容体が安定したことから当初の行為の誘発などを欠き、危険の現実を肯定することは必ずしも容易ではなく(危険の質的転換が認められよう)、また、被害者の自己答責性も肯定できることから、構成要件の射程範囲外の結果であるとも考えることもでき、因果関係を肯定することは困難な事例であるように思われる。」との指摘もある(高橋総論 142 頁)。

結果発生の直接的原因になっている介在事情が行為者の実行行為に起因する（あるいは、「支配」されていた・「誘発」された）といえるのであれば、行為者の実行行為には結果発生の原因になっている介在事情をもたらす危険性を有する（介在事情を経由して結果を発生させる危険性が含まれている）ものとして評価されることになるから、そのような意味での行為者の実行行為の危険性が結果へと現実化したといえることになり、因果関係が認められる。

答案では、①介在事情が結果発生の原因となっているため、実行行為それ自体の危険性が結果へと現実化したとは評価できないということを指摘した上で、②実行行為と介在事情の間に「起因」「誘発」「支配」といった関係性を認めることができるかを検討する。②では、介在事情の異常性が強ければ、「起因」等が否定される。

そして、介在事情が被害者の行為である場合、自ら危険な行為に及ばないのが通常であるという経験則が働くため、被害者の行為の危険性が高ければその分だけ異常性が高いものとして「起因」等が否定されやすくなるものの、行為者の実行行為が被害者に対して心理的影響を及ぼしていたのであれば、介在事情の異常性の高さが希釈されて「起因」等を肯定する余地が生じる。

[判例 4] 高速道路侵入事件

事案：Xら6名は、共謀の上、深夜、Vに対し、公園において、約2時間10分にわたり間断なく極めて激しい暴行を繰り返し、引き続き、マンション居室において、約45分間、断続的に同様の暴行を加えた。Vは、隙を見て同居室から靴下履きのまま逃走したが、Xらに対し極度の恐怖感を抱き、逃走開始から約10分後、Xらによる追跡から逃れるため、上記マンションから約763mないし約810m離れた高速道路に進入し、疾走してきた自動車に衝突され、後続の自動車にれき過されて、死亡した。

判旨：「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、とっ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、不相当であったとはいえない。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。」

(答案)

Vの死因は自動車に衝突されて後続車両に轢過されたことであり、Xらの暴行によって死因が形成されたわけではないから、Xらの暴行自体の危険性がV死亡へと現実化したとはいえない。もっとも、V死亡の直接的原因であるVによる高速道路への侵入がXらの暴行に起因するものであるとはいえないか。

A

最決 H15.7.16・百 I 13

確かに、V による高速道路への侵入は、それ自体として極めて危険な行為である。

しかし、V は、X らから約 2 時間 55 分もの長時間にわたって激しくかつ執拗な暴行を受け、X らに対する極度の恐怖心を抱いていた。

そのため、暴行から高速道路侵入までの間に約 10 分間、約 800m という時間的・場所的間隔があったとしても、V が逃走の過程で高速道路に侵入した行為は、X らの暴行に強く影響・支配されていたといえる。

そうすると、V による高速道路への侵入は、X らの暴行から逃れるためにとっさに選択した行動であるといえ、X らの暴行から逃れる方法として著しく不自然・不相当であったとはいえない。

したがって、V による高速道路への侵入は X らの暴行に起因するといえるから、X らの暴行には、V による高速道路への侵入を経由して衝突事故を原因とする V 死亡を発生させる危険性があったといえる。

よって、X らの暴行の危険性が V 死亡へと現実化したといえ、因果関係が認められる。

前田 250 選 27 解説

結果的加重犯の共同正犯肯定説からは、X らには傷害致死罪の共同正犯が成立する。

[判例 5] 夜間潜水事件

事案：潜水指導者である X は、夜間潜水の指導中に不用意に移動して受験生 V のそばから離れて V を見失ったところ、指導補助者及び V の不適切な行為が介在して受講生 V が死亡した。

判旨：「X が、夜間潜水の講習指導中、V らの動向に注意することなく不用意に移動して V らのそばから離れ、同人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 V 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、X を見失った後の指導補助者及び V 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 X の右行為から誘発されたものであって、X の行為と V の死亡との間の因果関係を肯定するに妨げないというべきである。右因果関係を肯定し、X につき業務上過失致死罪の成立を認めた原判断は、正当として是認することができる。」

B

最決 H4.12.17・百 I 12

[判例 6] 高速道路追突事件

事案：X は、V 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三通行帯上に自車及び V 車を停止させた（過失行為）後、V に暴行を加え（V も暴行により反撃）、自車でその場から立ち去った。それから 7～8 分後、その場に停止し続けていた V 車に後続車が追突したことにより、後続車の運転者・同乗者が死傷した。

判旨：「V 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三通行帯上に自車及び V 車を停止させたという X 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、X の上記過失行為の後、V 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

B

最決 H16.10.19

どして、X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X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、X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である。」

(ii) トランク監禁致死事件型

```

graph LR
    A(実行行為) --> B(介在事情)
    B --> C(結果)
            
```

間接実現型 (ii) では、実行行為それ自体の危険性が現実の結果発生原因の一部を形成しているから、実行行為それ自体の危険性と現実の結果発生原因との間のギャップは、(i) ほど大きくない。

実行行為には、現実の結果発生原因となった介在事情と相まって結果を発生させるという危険性が認められ、ただ、その危険性が結果へと現実化するためには、介在事情の顕在化というパズルのピースが揃わなければならない、というイメージである。¹⁰⁾

このように、(i) に比べて実行行為の危険性が大きい（その分だけ、介在事情の寄与度は小さくなる）ため、(i) と異なり、実行行為と介在事情の間における「起因」等は要求されないのである。

A

最決 H18.3.27・百 I 11

介在事情は、実行行為と結果を結ぶ矢印（線）の内側に位置するというイメージ（cf. 直接実現型では、介在事情は矢印（線）の外側に位置する。）。

基本刑法 I 78 頁

同事件では、Xらが路上で停車中の普通乗用自動車のトランク内にVを監禁していたところ、後続車が運転者の甚だしい過失により当該普通乗用自動車にほぼ真後ろから追突し、トランク内のVが死亡したという事案において、Xらの監禁行為とVの死亡との間の因果関係を肯定している。

答案では、①結果発生の直接的原因となっている介在事情と実行行為の間に「起因」等の関係性が認められないことを指摘した上で、②介在事情の異常性と寄与度（寄与度と表裏の関係にある実行行為それ自体の危険性）を考慮して「ひとたび介在事情が発生した場合に結果を発生させる危険性」が実行行為に認められるかを検討する。¹¹⁾

¹⁰⁾ 山口総論 61～66 頁は、①実行行為の危険性の現実化の態様を「実行行為によって結果発生の原因が直接生じた場合、すなわち、実行行為の危険性が…結果へ直接現実化した場合」（直接型）と、「実行行為後に介在した行為が…結果発生の直接的な原因であったが、その直接原因を実行行為及びこれに関して被告人が行った行為が誘発したと認められる場合、すなわち、実行行為の危険性が結果の直接原因である介在行為を介して…結果へ間接的に現実化した場合」（間接型）に大別し、②間接型においては介在行為「を誘発する危険性が当初の実行行為及びそれに密接に関連して行われた行為に認められたときに、実行行為の危険性が結果の直接的原因となる第三者の行為を介して結果へと現実化した」というる」とした上で、③トランク監禁致死事件について、「直接の死因は自動車の追突による傷害であるとしても、甚だしい過失行為による場合も含め、追突事故は珍しいことではないから、トランク内という狭く逃げ場がない上に、追突によって容易に破損する場所に監禁する行為自体の危険性が被害者の死亡という結果に現実化した」と説明している。

基本刑法 I 78 頁は、間接型において危険の現実化が認められる事案類型として、「実行行為が介在事情を誘発したり」する場合（高速道路侵入事件など）と「ひとたび介在事情が発生すると結果を惹起する危険が実行行為に含まれている場合」（トランク監禁致死事件など）を挙げている。

¹¹⁾ 書き難ければ、①直接実現型ではないことを指摘した上で、②介在事情の異常性と寄与度の単純な足し算（又は引き算）により、介在事情には危険の現実化という評価を妨げるだけの異常性と寄与度があるのかということ論じれば足りる。

[判例 7] トランク監禁致死事件

事案：Xらが路上で停車中の普通乗用自動車のトランク内にVを監禁していたところ、後続車が運転者の甚だしい過失により当該普通乗用自動車にほぼ真後ろから追突し、トランク内のVが死亡した。

判旨：「V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Vを監禁した本件監禁行為とVの死亡との間の因果関係を肯定することができる。」¹²⁾

解説：本決定については、①追突事故は珍しいことではないことからすれば、同路上に駐車された自動車トランク内という逃げ場のない場所に人を監禁する行為には、ひとたび追突事故が発生するとその衝撃によりトランク内の被害者が死亡するという危険性が認められるから、因果関係を肯定ができる、②トランク監禁致死事件を「ひとたび介入事情が発生すると結果を惹起する危険が実行行為に含まれてい」といった説明がある。

(答案)

確かに、V死亡の直接的原因である追突行為は第三者の甚だしい過失によるものである。そのため、Xの監禁行為が追突行為をもたらしたとはいえない。

しかし、自動車のトランクは人が入ることを想定した構造になっていないことと、甚だしい過失行為による場合も含めて追突行為はさほど珍しいことではないことからすれば、Xが路上で停車中の自動車のトランク内にVを監禁するという行為には、ひとたび追突事故が発生した場合にVを死亡させる危険性を有していたといえる。

したがって、上記のような意味でのXの監禁行為の危険性がV死亡へと現実化したといえ、因果関係が認められる(Xには、監禁致死罪が成立する。)

(iii) 結果発生 of 直接的原因を特定できない事案

行為者Xの第一行為と第三者Yの第二行為のいずれかによってVの死因(結果発生原因)が形成されたという点は確かであるものの、いずれによって形成されたのかまでは特定できていないという事案では、Xの罪責について、以下のように処理することになる。

①Vの死因がXの第一行為によって生じた場合と②Yの第二行為によって生じた場合についても因果関係が認められるのであれば、Xの第一行為とV死亡の因果関係があると認定しても、利益原則(刑訴法336条後段参照)に反しない。

①の場合、直接実現型に属することになるから、Yの第二行為という介入事情は、危険の現実化という評価を妨げる事情にならない。

②の場合、間接実現型のうち、(i)に属するのが通常である。仮に

¹²⁾ 第1審判決は、自動車トランクは人が入ることを想定して設計・製作されたものではないから、自動車トランク内に人を監禁して道路上を走行すること自体、非常に危険な行為であるとした上で、第三者の過失行為により後方から追突されてトランク内の人間が死亡することは経験則上十分に予測できるとして、因果関係を肯定している。平成18年最高裁決定については、交通事故一般の危険性ではなく、路上駐車中の自動車トランク内への監禁という実行行為自体が持つ危険性を重視し、死の結果はその危険性が現実化したものと理解していることになる、と説明されている(百I11解説)。

A

最決 H18.3.27・百 I 11

山口総論 66 頁

基本刑法 I 78 頁

A

そうである場合、Xの第一行為とYの第二行為の間に「起因」等の関係性が認められなければ、Yの第二行為という介在事情により危険の現実化という評価が妨げられることになる。②の場合に因果関係を認めることができない以上、利益原則の適用により、Xの第一行為とV死亡の間の因果関係は存在しないものとして扱われる。

[判例 8] 米兵ひき逃げ事件

A

最決 S42.10.24・百 I 9

事案：Xは、自動車でVを跳ね飛ばし、自動車の屋根にはね上げられ意識を失ったVに気づかず運転を継続していたところ、同乗者Yが走行中の自動車の屋根からVを引きずり降ろして路上に転落させ、死亡させた。なお、死因となった頭部の傷害が最初の衝突（Xの過失行為）と転落（Yの故意行為により）のいずれから生じたのかまでは確定できない事案であった。

判旨：「Yが進行中の自動車の屋根の上からV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のがごときことは、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、Vの死因となった頭部の傷害が最初のXの自動車との衝突の際に生じたものか、Y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Xの前記過失行為からV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Xの業務上過失致死〔現：過失運転致死罪・自動車運転死傷行為処罰法5条〕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というべきである。」

(答案)

死因となった頭部傷害がXとYのいずれの行為によって生じたのかが不明であるが、頭部傷害がXの過失行為によって生じていた場合と、Yの故意行為によって生じていた場合のいずれの場合についても因果関係が認められるのであれば、Xの過失行為とV死亡の因果関係があると認定しても、利益原則（刑事訴訟法336条後段参照）に反しない。

確かに、Xの過失行為により頭部傷害が生じていた場合には、同過失行為には頭部傷害を原因としてVを死亡させる危険性があつたといえるから、同過失行為それ自体の危険性がV死亡へと現実化したといえ因果関係が認められる。

しかし、Yの故意行為により頭部傷害は生じていた場合には、Xの過失行為そのものの危険性がV死亡へと現実化したとはいえない。また、走行中の自動車の屋根からVを引きずり下ろすというYの故意行為は、極めて危険な行為であるから、異常性の高い行為であるといえる。そのため、V死亡の直接的原因であるYの故意行為がXの過失行為に誘発されたとはいえないから、Xの過失行為にはYの故意行為を経由して頭部傷害によりV死亡を発生させる危険性があつたとはいえない。したがつて、このような意味でのXの過失行為の危険性がV死亡へと現実化したともいえないから、因果関係は認められない。

よつて、Xの過失行為とV死亡の間の因果関係は認められない。

(iv) 死の二重評価が問題となる事案

Xは過失行為によりVに重傷を負わせ、その後、殺意に基づきVを殺害したという事案では、過失行為により現実の死因が形成されていたのであれば、過失行為と死亡の間の因果関係は、直接実現型として処理されるため、肯定される。他方で、故意行為と死亡の間の因果関係も、故意行為がなくても過失行為により形成された傷害が悪化してVは死亡していたという仮定的因果経過は捨象されるため、肯定される。そうすると、同一行為者の複数の行為につき同一被害者に対する過失致死罪（事案によっては業務上過失致死罪・重過失致死罪等）と殺人既遂罪が成立することになり、死の二重評価という問題が生じる。

基本刑法175頁、山口総論66～67

頁

そこで、死の二重評価を避けるために、過失行為には過失致傷罪の成立を認めるにとどめ、故意行為につき殺人既遂罪の成立を認めるという処理をすることになる。なお、過失行為により惹起された結果のうち、故意行為に吸収されているのは死亡結果だけであるから、過失致傷罪と殺人既遂罪とは包括一罪ではなく併合罪となる。

上記と異なり、過失行為により現実の死因が形成されていないのであれば、過失行為と死亡の間の因果関係は、通常は、間接実現型(i)として処理されることになる。そして、故意に基づく殺人行為という介在事情の異常性から、結果発生 of 直接的原因である故意行為と過失行為の間に「起因」等の関係性を認めることはできないため、過失行為と死亡の間の因果関係は否定される。他方で、故意行為と死亡の間の因果関係は、仮定的因果経過の捨象により、肯定される。そうすると、死の二重評価を避けるための特殊な処理を要することなく、Xには過失致傷罪と殺人既遂罪が成立し、両罪は併合罪となる、という結論が導かれる。

基本刑法175頁

【判例9】熊撃ち事件

B

事案：Xは、ライフル銃の誤射によりVに重傷を負わせた後、苦悶するVを早く楽にさせた上で逃走しようと考え、Vを射殺した。

最決S53.3.22・百14

本決定は、業務上過失致傷罪（誤射）と殺人既遂罪（射殺）の併合罪としている。

判旨「なお、本件業務上過失傷害罪と殺人罪とは責任条件を異にする関係上併合罪の関係にあるものと解すべきである、とした原審の罪数判断は、その理由に首肯しえないところがあるが、結論においては正当である。」

第7節. 構成要件の故意

A

- 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。(38条1項)
- 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。(同条2項)
- 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。(同条3項)

1. 故意の認識対象

A

構成要件の故意の認識対象は「客観的構成要件に該当する事実」、すなわち、構成要件の行為、行為主体(特に身分)、客体、結果、因果関係、行為状況である。

基本刑法192頁、高橋総論175頁

2. 故意の種類

B

(1) 確定的故意

行為者が犯罪事実の実現を確定的なものとして認識していた場合をいう。

基本刑法199~100頁

(2) 不確定的故意

行為者が犯罪事実の実現を不確定的なものとして認識していた場合であり、これは以下の4種類に分類される。

ア. 概括的故意

一定範囲の客体のどれかに結果が発生することは確実であるが、結果の生じる客体やその個数が不特定の場合をいう。

イ. 択一的故意

複数ある客体のいずれか一方に生じることは確実であるが、いずれに発生するか不確定なものと認識している場合をいう。

ウ. 未必の故意

(ア) 意義

結果の発生を不確実なものとして認識しているが、仮に結果が発生するのであればそれでもかまわないと思っていた場合をいう。

(イ) 未必の故意と認識ある過失の区別

故意の本質について、認識説(表象説)と意思説(希望説)が対立しており、未必の故意と認識ある過失の区別について、認識説の立場から蓋然性説が、意思説の立場から認容説が主張されている。

故意があるというためには表象という認識的要素と決意という意思的要素が必要であるところ、構成要件実現を認識して構成要件該当行為に出た以上、構成要件実現の意思は当然に存在するのだから、故意の概念における意思的要素の有無をめぐる両説の間には本質的な対立は存在しない、との指摘もある。もっとも、ここでいう意思的要素は構成要件実現を認識しながら構成要件該当行為に出れば常に認められる程度の行為

佐伯238~239頁

意思にすぎず、意思説が問題にしているのは、故意責任を基礎づける行為規範が妥当するためにはそのような行為意思だけで足りるのか（それ以上のプラスアルファが必要か）という点であるから、両説の間に本質的な対立は存在しないと切り切ることはいえない。

蓋然性説：蓋然性説は、認識説（表象説）から主張される見解であり、行為者が構成要件の実現の蓋然性（単なる可能性を超える、ある程度高度の可能性）を認識している場合に故意を認める。蓋然性説からは、構成要件の実現の可能性を蓋然性といえるくらい高度なものとして認識していたかどうかで、未必の故意と認識ある過失が区別される。

佐伯 238 頁・239 頁、山口総論 215 頁

蓋然性説に対しては、①単なる可能性と蓋然性の区別が曖昧である、②構成要件実現の低い可能性しか認識していない一方で構成要件実現を意図していた場合には、「～するな」という行為規範が妥当するため故意が認められるべきであるのに、故意が認められないのは不当である、③構成要件実現を肯定的には認めていない以上、「～するな」という行為規範は妥当しない、といった批判がある。

佐伯 241～242 頁（②が最も重要）、高橋総論 179 頁

なお、蓋然性説からは、構成要件の実現が一旦は行為者の意識内に浮かんだがそれを否定しつつ行為に出たという場合には、故意は認められない。

山口総論 215 頁

基本刑法 1 98 頁、山口総論 214 頁、佐伯 242 頁

認容説：認容説は、故意を認めるためには意欲ないし認容という意思的要素が必要であるとする意思説から主張される見解であり、構成要件実現の可能性ないし蓋然性を認識し、それを認容した場合に故意を認める。認容説からは、構成要件実現の認容の有無により、未必の故意と認識ある過失が区別される。

佐伯 243 頁

高橋総論 180 頁

認容説の論者は、一般的に、構成要件が実現しても「よい」と積極的に構成要件実現を肯定・是認する積極的認容のみならず、構成要件が実現しても「仕方がない」「意に介しない」という消極的認容についても故意を認める。後者の場合にも「～するな」という行為規範が妥当するからである。

〔論点 1〕 未必の故意と認識ある過失の区別

B

結果発生の蓋然性について認識はあるものの、認容まではしていなかったという場合において、故意が認められるか否かが問題となる。

構成要件実現の蓋然性の認識があれば故意が認められると解する認識説（表象説）からは、構成要件実現の可能性を蓋然性といえるくらい高度なものとして認識していたかどうかで、未必の故意と認識ある過失が区別される。

しかし、単なる可能性と蓋然性の区別が曖昧である。

また、故意責任の本質は、行為規範の問題が与えられることで反対動機が形成可能であったのにそれを乗り越える意思決定をしたことに対する非難にある。

そして、構成要件実現の低い可能性しか認識していなくてもそれを認容していた場合には行為規範の問題を乗り越えたといえ、他方で、構成要件実現の蓋然性を認識していてもそれを認容していなければ行為規範の問題を乗り越えたとはいえない。

そこで、故意が認められるためには、構成要件実現の可能性ないし蓋然性の認識に加え、その認容も必要であると解する（認容説）。

認容説からは、構成要件実現の認容の有無により、未必の故意と認識ある過失が区別される。

エ. 条件つき故意

犯罪の遂行ないし結果の実現を一定の条件の発生にかからせる場合をいう。

3. 故意の意義

構成要件の故意（38条1項本文）とは、構成要件該当事実の認識・認容をいう（認容説）。

例えば、殺人罪の故意としては、実行行為・死亡・因果関係の認識・認容が必要とされる。もっとも、通常は、死亡の認識・認容の認定過程が実行行為・因果関係の認識・認容を包摂するから、別途、実行行為・因果関係の認識・認容を論じる必要はない（因果関係の認識・認容は、因果関係の錯誤事案に限って論じれば足りる。）。

作為犯では、結果発生の蓋然性の認識を有しながら敢えて実行行為に及んだことにより、結果発生に対する消極的認容が認められるのが通常である。もっとも、意欲まである事案では、動機なども考慮して、殺人の意欲まで認定する必要がある。

不作為犯でも、事案によっては、結果発生の蓋然性の認識を有しながら敢えて不作為に及んだことを根拠として消極的認容を認めるという認定方法を用いることができる。

4. 規範的構成要件要素

構成要件要素は、記述的構成要件要素（解釈によって確定可能な構成要件要素）と、規範的構成要件要素（法解釈によってその要素の内容を確定することには限界があり、ある事実がその要素に該当するか否かについては、最終的に裁判官がその当時の社会常識によって規範的・評価的な価値判断を行って決定せざるを得ない部分を含んでいる構成要件要素）に分類される。

構成要件の故意とは構成要件該当事実の認識・認容を意味するが、これが認められるためには事実についてどの程度まで認識する必要があるのかが問題となる。これは、特に規範的構成要件要素で問題となる。

[論点2] 規範的構成要件に該当する事実の認識

故意責任を認めるためには行為者が行為規範の問題に直面したことが必要である。

そして、意味の認識まであつてはじめて、行為者は行為規範の問題に直面

A

殺人事案では、作為犯・不作為犯を問わず、行為者の心理状態に関する問題文の事実を摘示・評価することで認識・認容を検討する。

B

講義案 58 頁

B

高橋総論 175～178 頁、基本刑法 I 96～97 頁

するといえるから、意味の認識まで必要であると解する。

ここでいう意味の認識とは、法的評価と平行的に存在する社会的評価の認識を意味する。^{1) 2)}

[判例 1]

事案：アメリカ国籍の X は、知人から「化粧品」だと言われて「ある物」を日本に運ぶように依頼された。それは、実際には覚せい剤である塩酸フェニルメチルアミノプロパンを含有する結晶約 3000g であり、X は、これを隠匿した腹巻を衣服の下に着用して、これを本邦内に持ち込むことにより覚せい剤を輸入し、その後、ホテルの客室で覚せい剤結晶約 2000g を所持した。その後、X は、覚せい剤輸入罪及び同所持罪で起訴され、覚せい剤であることの明瞭な認識がなかったため、故意の有無を争った。

判旨：「X 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。」

解説：本件は、「覚せい剤かもしれないし、その他の薬物かもしれない」という択一的故意あるいは概括的故意の存在を認めることができる事案であったが、「覚せい剤かもしれない」という認識がなかった場合にはどのような事実を認識していれば覚せい剤の認識を認めることができるのかが問題となろう。「覚せい剤」の並行評価を確定する必要がある、それは、単に「白い粉末」では足りず、「覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類」であることの認識があれば、意味の認識があるといえよう。そのため、「覚せい剤」を除外している場合には故意は認められない。

[判例 2]

事案：わいせつ文書頒布等罪（175 条）の故意が認められるために必要とされる事実の認識が問題となった。

判旨：「刑法 175 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 175 条の猥褻文書にあたらぬ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ったか、未必の認識があったのにとどまっていたか、または全く認識がなかったかは刑法 38 条 3 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。」

C

最決 H2.2.9・百 1 40

C

最大判 S32.3.13・百 1 47

1) 素人仲間の平行的評価、素人的判断の程度における意味の認識、裁判官の法的評価と平行した素人の社会的評価とも呼ばれる（高橋総論 176 頁、基本刑法 I 97 頁）。

2) わいせつ物頒布等罪（175 条）における「わいせつ」の認識としては、①文書に記載されている文章の存在の認識、②その文書のもつ言語学的ないし文学的意味の認識、③その文書のもつ社会的意味の認識（その小説が一般的に「いやらしい」ものであるとか「エロ本」であるとかの社会的意味の認識）が必要である（高橋総論 176 頁、基本刑法 I 96 頁）。

5. 具体的事実の錯誤

同一の構成要件内における事実の錯誤、すなわち、認識事実と実現事実とが同じ構成要件に該当する場合における事実の錯誤である。

case1 : X は、A を殺害するつもりで、B を A だと誤解して、B を殺害してしまった（客体の錯誤）。

case2 : X は、A を殺すつもりで A に向けて発砲したところ、弾丸が外れて、A の近くにいた予想外の B に命中し B が死亡した（方法の錯誤）。

case3 : X が A を殺害するつもりで A を包丁で刺したところ、致命傷を負わなかった A は、X から逃げるために人通りの多い反対側に移動しようと考え、車道に飛び出したところ、自動車に轢かれて死亡した（因果関係の錯誤）。

(1) 法定的符合説

判例・通説は、認識事実と実現事実とが同一構成要件内で符合している限り故意責任が認められるとする法定的符合説である。

[論点 3] 法定的符合説

故意責任の本質は、規範の問題が与えられることで反対動機の形成可能性（違法行為を断念して適法行為に出るよう自らを動機づけることの可能性）があったのに、あえてそれを乗り越える意思決定をしたことに対する非難である。

そのため、故意責任を問うためには、規範の問題が与えられることで反対動機の形成が可能であったことが必要である。

そして、認識事実と実現事実が同一構成要件内で符合していれば（重なり合っていれば）、同じ構成要件的評価を受ける事実を認識している以上、故意責任を問うために必要な規範の問題が与えられている（行為者としては、その構成要件に該当する犯罪を行ってはいけないという反対動機の形成が可能となる。）。

そこで、認識事実と実現事実とが同一構成要件内で符合している限り、具体的事実の錯誤は故意を阻却しないと解する（法定的符合説 - 判例）。

(2) 方法の錯誤

認識した客体とは異なった客体に侵害が生じた場合である。

法定的符合説の内部において、①認識事実と実現事実とが具体的に符合（一致）しない限り実現事実について故意責任を認めることはできないとする具体的法定符合説と、②認識事実と実現事実とが構成要件的評価として符合（一致）する限度で実現事実についての故意が認められるとする抽象的法定符合説とが対立する。

①具体的法定符合説と②抽象的法定符合説とでは、構成要件の観点から錯誤の重要性の有無を判断している点で共通するが、構成要件の観点から法的評価を加える際の基準として法益主体の相違を重視すべきか否かで決定的に対立する。

すなわち、「X は、A を殺すつもりで A に向けて発砲したところ、弾丸が外れて、A の近くにいた予想外の B に命中し B が死亡した」という方法の錯誤の事例において、①具体的法定符合説は、A と B は異なる法益主体であり、

A

因果関係の錯誤の前に、客観的な因果関係の有無が問題となる（基礎応用 35 頁・(i)）。

A

基本刑法 191 頁・104 頁、刑事実体法演習 120 頁

刑事実体法演習 120 頁、佐伯 258 頁

刑事実体法演習 120 頁、佐伯 258 頁

山口総論 219 頁

基本刑法 1 106～109 頁

佐伯 258 頁

A の生命侵害と B の生命侵害という事実は客観的にみれば別個の構成要件該当事実であるから、故意責任の法的評価にあっても別個の構成要件該当事実の認識であるとみるべきだとする。つまり、認識事実と実現事実が「その人」という具体的なレベルで符合（一致）していることを必要とするのである。

これに対し、②抽象的法定符合説は、「A を殺す」という認識をもったために殺人の故意が認められる X には「人を殺してはならない」という規範の問題が与えられていたのだから、B 殺害との関係でも行動動機に対する反対動機を形成する（＝違法行為を思いとどまる）機会が与えられていたといえ、B 殺害の結果についても故意責任を問うことができると考えるのである。つまり、認識事実と実現事実とが「およそ人」という抽象的なレベルで符合（一致）していればよいとする。

〔論点 4〕 方法の錯誤

（論証 1）抽象的法定符合説

まず、構成要件が抽象的・類型的に規定されたものであるため、認識事実と実現事実が同一構成要件内で抽象的に符合していれば、構成要件該当事実の認識・認容があるとして故意を認めることができるはずである。

次に、故意責任を問うためには、規範の問題が与えられることで反対動機の形成が可能であったことが必要であるところ、認識事実と実現事実が同一構成要件内で抽象的に符合していれば、行為者としては、同じ構成要件の評価を受ける事実を認識している以上、故意責任を問うために必要な規範の問題が与えられ、反対動機の形成が可能であったともいえる。

そこで、認識事実と実現事実とが同一構成要件内で符合している限り、具体的事実の錯誤は故意を阻却しないと解する（抽象的法定符合説 - 判例）。

そうすると、方法の錯誤の場合、例えば殺人罪であれば、認識事実と実現事実が「その人」という具体的なレベルで符合していないものの、「およそ人」という抽象的なレベルで符合している以上、故意は阻却されない。

（論証 2）具体的法定符合説

まず、構成要件該当事実を構成要件要素のレベルで抽象的に捉えるとしても、法益主体（被害者）の個別性・具体性だけは重要であるため捨象できないから、客観的構成要件該当性は法益主体（被害者）ごとに判断される。例えば、一個の行為で数人を殺害した場合には被害者の数だけ殺人罪の客観的構成要件該当性が認められることになる。にもかかわらず、方法の錯誤の場合における認識事実と実現事実の法定的符合の判断では被害者を抽象化して捉えるというのは、構成要件を基準とする法定的符合説の論理としておかしい。被害者ごとに別個に扱い、それぞれについて故意を問題にするのが、構成要件を基準とする法定的符合説の論理に忠実な立場であるといえる。

次に、犯罪を行う意思さえあれば規範の問題は与えられているといえるから、規範の問題が与えられているかを問題にするのであれば、構成要件の枠を超えて故意の符合を認める抽象的符合説に至るはずであり、構成要件を基準として故意を画する法定的符合説を採用することはできないはずである。

A

佐伯 258 頁

佐伯 258 頁

最判 S53.7.28・百 I 42

抽象的法定符合説に対しては、責任主義に反するとの批判もある（基本刑法 I 106 頁）

山口 221 頁・基本刑法 I 108 頁

山口総論 221 頁・224 頁、佐伯 259 頁

そこで、具体的事実の錯誤の場合、法益主体（被害者）については、認識事実と実現事実とが具体的に符合していなければ、故意が認められないと解する（具体的法定符合説）。³⁾

そうすると、例えば殺人罪であれば、認識事実と実現事実が「その人」という具体的なレベルで符合していないため、故意が阻却される。

〔論点 5〕 併発事実と故意の個数

併発事実の事例とは、方法の錯誤により認識した客体とは異なった客体にも侵害が生じた場合である。

例えば、「X は、A を殺害しようとしてピストルを発射したところ、弾丸が A に命中するとともに、付近にいた B にも命中し、A が負傷し、B が死亡した」という事案では、具体的法定符合説からは、認識していた A に対する殺人罪の故意が認められる一方で、認識していなかった B に対する殺人罪の故意は否定されるから、A に対する殺人未遂罪・B に対する過失致死罪（事案によっては、重過失致死罪）が成立し得るという結論になる。

これに対し、抽象的法定符合説からは、まずは死亡した B に対する殺人罪の成否から検討し、認識していなかった B に対する殺人罪の故意も認められるから、B に対する殺人既遂罪が成立する。問題は、結果が発生しなかった A に対する殺人罪の故意も認められるかである。

1. 責任主義を理由に、1 個の故意しかないのに 2 個の故意犯を認めることはできないとして、1 個の故意犯の成立しか認めないとする見解もある（一故意犯説）。

この見解は、故意が 1 個であることの枠内において故意を転用するものであり、第一次的には重い結果が発生した客体に、第二次的に認識していた客体に対する故意犯を認めるという考え方が有力である。

これによると、上記事例では、死亡した B に対する殺人罪の故意が認められることで B に対する殺人既遂罪が成立する一方で、A に対する殺人罪の故意が否定されることで A に対する殺人未遂罪は成立しない。A に対する犯罪としては、過失致傷罪（又は重過失致傷罪）が成立し得るとどまる。

2. しかし、抽象的法定符合説では、反対動機の形成という点では「およそ人」というように、構成要件のレベルにまで抽象化した範囲で故意責任が肯定されると考える（＝構成要件のレベルで故意を抽象化する）のであるから、複数の成立可能な故意犯の中から一つだけを選び出すことには、理論上無理がある。

また、事後の事実の変化によって実行行為時における故意の判断に変更を認めることは、故意・故意犯の成否の事後的操作であり、あまりにも便宜的であり妥当でない。

そこで、併発事実の事例においては、生じた結果の数だけ故意犯の成立が認められると解すべきである（数故意犯説 - 判例）。

A

基本刑法 I 110 頁

基本刑法 I 112 頁、西田総論 236 頁

基本刑法 I 112 頁、西田総論 236 頁

高橋総論 196 頁

西田総論 222 頁、基本刑法 I 113 頁、山口総論 225 頁

山口総論 225 頁

最判 S53.7.28・百 I 42

³⁾ 本講座では、法定的符合説の内部で対立する見解として抽象的法定符合説・具体的法定符合説という名称を用いている（山口総論 219～221 頁、佐伯 258 頁）。

もつとも、責任主義の見地から、複数の故意犯は観念的競合（54 条 1 項前段）として、科刑上一罪として処理されると解すべきである（判例）。

[具体例]

(例 1) A 負傷・B 死亡

X は、A を殺害しようとしてピストルを発射したところ、弾丸が A だけでなく B にも命中し、A が負傷し、B が死亡した。

1. B に対する殺人既遂罪⁴⁾

(1) 実行行為・結果・因果関係を認定する。

B 死亡に至る因果経過によっては、因果関係が論点となる。

(2) X は A を殺害する認識で B を殺害しているから、方法の錯誤として、B に対する殺人罪の故意が阻却されないか。

抽象的法定符合説からは、B に対する殺人罪の故意が認められ、B に対する殺人既遂罪が成立する。

具体的法定符合説からは、B に対する殺人罪の故意が阻却され、B に対する殺人既遂罪は成立しない。B に対する過失致死罪（又は重過失致死罪）が成立し得るにとどまる。

2. A に対する殺人未遂罪

(1) 殺人罪の実行行為（又は「実行に着手」）及び死亡結果不発生を認定する。

(2) X は A を殺害する認識であったものの、併発事実の事例において、重い結果の発生した B に対する殺人罪の故意に加えて重い結果が発生しなかった A に対する殺人罪の故意まで認められるのか。

数故意犯説からは、A に対する殺人未遂罪も成立し、これと B に対する殺人既遂罪は観念的競合となる。

一故意犯説からは、A に対する殺人未遂罪の成立が否定され、A に対する犯罪としては過失致傷罪（又は重過失致傷罪）が成立し得るにとどまる。

(例 2) A 死亡・B 死亡

X は、A を殺害しようとしてピストルを発射したところ、弾丸が A だけでなく B にも命中し、A と B が死亡した。

1. A に対する殺人既遂罪⁵⁾

(1) 実行行為・結果・因果関係を認定する。

(2) X は、A を殺害する認識・認容を有していたのだから、A に対す

A

具体的法定符合説からは B に対する故意が否定されるため、故意犯の個数は問題とならない。

4) 一故意犯説では、負傷客体 A に対する殺意が死亡客体 B に転用されるから、死亡客体 B に対する殺人既遂罪の成立が認められる一方で、負傷客体 A に対する殺人未遂罪の成立が否定される。そのため、A 負傷・B 死亡事案では、一故意犯説と数故意犯説の対立は、死亡客体 B に対する殺人既遂罪の成立を認めた後に、負傷客体 A に対する殺人未遂罪の成否として顕在化する。したがって、A 負傷・B 死亡事案では、死亡客体 B に対する殺人既遂罪の成否から先に論じる。

5) A 死亡・B 死亡事案では、一故意犯説からは、認識していた死亡客体 A に対する殺人既遂罪の成立が認められる一方で、認識していなかった死亡客体 B に対する殺人既遂罪の成立が否定される。そのため、A 死亡・B 死亡事案では、一故意犯説と数故意犯説の対立は、認識していた死亡客体 A に対する殺人既遂罪の成立を認めた後に、認識していなかった死亡客体 B に対する殺人既遂罪の成否として顕在化する。したがって、A 死亡・B 死亡事案では、認識していた死亡客体 A に対する殺人既遂罪の成否から先に論じる。

る殺人罪の故意が認められる。

したがって、Aに対する殺人既遂罪が成立する。

2. Bに対する殺人既遂罪

(1) 実行行為・結果・因果関係を認定する。

B死亡に至る因果経過によっては、因果関係が論点となる。

(2) XはAを殺害する認識でBまで殺害しているから、方法の錯誤として、Bに対する殺人罪の故意が阻却されないか。

抽象的法定符合説からは、方法の錯誤であることを理由にBに対する殺人罪の故意が阻却されることはない。

具体的法定符合説からは、Bに対する殺人罪の故意が阻却され、Bに対する殺人既遂罪は成立しない。Bに対する過失致死罪（又は重過失致死罪）が成立し得るにとどまる。

(3) 併発事実の事例であるため、Aを殺害する認識しかなかったXについて、Aに対する殺人罪の故意に加えてBに対する殺人罪の故意まで認めることができるのかが問題となる。

数故意犯説からは、Bに対する殺人既遂罪も成立し、これとAに対する殺人既遂罪は観念的競合となる。

一故意犯説からは、Bに対する殺人既遂罪の成立が否定され、Bに対する犯罪としては過失致死罪（又は重過失致死罪）が成立し得るにとどまる。

(例3) A死亡・B負傷

Xは、Aを殺害しようとしてピストルを発射したところ、弾丸がAだけでなくBにも命中し、Aが死亡し、Bが負傷した。

1. Aに対する殺人既遂罪⁶⁾

(1) 実行行為・結果・因果関係を認定する。

(2) Xは、Aを殺害する認識・認容を有していたのだから、Aに対する殺人罪の故意が認められる。

したがって、Aに対する殺人既遂罪が成立する。

2. Bに対する殺人未遂罪

(1) 殺人罪の実行行為（又は「実行に着手」）及び死亡結果不発生を認定する。

(2) XはAを殺害する認識しか有していなかったのだから、方法の錯誤として、Bに対する殺人罪の故意が阻却されないか。

抽象的法定符合説からは、方法の錯誤であることを理由にBに対する殺人罪の故意が阻却されることはない。

具体的法定符合説からは、Bに対する殺人罪の故意が阻却され、

⁶⁾ A死亡・B負傷事案では、一故意犯説からは、死亡客体Aに対する殺人既遂罪の成立が認められる一方で、負傷客体Bに対する殺人未遂罪の成立が否定される。そのため、A死亡・B負傷事案では、一故意犯説と数故意犯説の対立は、死亡客体Aに対する殺人既遂罪の成立を認めた後に、負傷客体Bに対する殺人未遂罪の成否として顕在化する。したがって、A死亡・B負傷事案では、死亡客体Aに対する殺人既遂罪の成否から先に論じる。

B に対する殺人既遂罪は成立しない。B に対する過失致傷罪（又は重過失致傷罪）が成立し得るにとどまる。

(3) 併発事実の事例であるため、A を殺害する認識しかなかった X について、A に対する殺人罪の故意に加えて B に対する殺人罪の故意まで認めることができるのかが問題となる。

数故意犯説からは、B に対する殺人未遂罪も成立し、これと A に対する殺人既遂罪は観念的競合となる。

一故意犯説からは、B に対する殺人未遂罪の成立が否定され、B に対する犯罪としては過失致傷罪（又は重過失致傷罪）が成立し得るにとどまる。

(例4) A 負傷・B 負傷

X は、A を殺害しようとしてピストルを発射したところ、弾丸が A だけでなく B にも命中し、A と B が負傷した。

1. A に対する殺人未遂罪⁷⁾

(1) 殺人罪の実行行為（又は「実行に着手」）及び死亡結果不発生を認定する。

(2) X は、A を殺害する認識・認容を有していたのだから、A に対する殺人罪の故意が認められる。

したがって、A に対する殺人未遂罪が成立する。

2. B に対する殺人未遂罪

(1) 殺人罪の実行行為（又は「実行に着手」）及び死亡結果不発生を認定する。

(2) X は A を殺害する認識しか有していなかったのだから、方法の錯誤として、B に対する殺人罪の故意が阻却されないか。

抽象的法定符合説からは、方法の錯誤であることを理由に B に対する殺人罪の故意が阻却されることはない。

具体的法定符合説からは、B に対する殺人罪の故意が阻却され、B に対する殺人既遂罪は成立しない。B に対する過失致傷罪（又は重過失致傷罪）が成立し得るにとどまる。

(3) 併発事実の事例であるため、A を殺害する認識しかなかった X について、A に対する殺人罪の故意に加えて B に対する殺人罪の故意まで認めることができるのかが問題となる。

数故意犯説からは、B に対する殺人未遂罪も成立し、これと A に対する殺人未遂罪は観念的競合となる。⁸⁾

⁷⁾ A 負傷・B 負傷事案では、一故意犯説からは、認識していた負傷客体 A に対する殺人未遂罪の成立が認められる一方で、認識していなかった負傷客体 B に対する殺人未遂罪の成立が否定される。そのため、A 負傷・B 負傷事案では、一故意犯説と数故意犯説の対立は、認識していた負傷客体 A に対する殺人未遂罪の成立を認めた後に、認識していなかった負傷客体 B に対する殺人未遂罪の成否として顕在化する。したがって、A 負傷・B 負傷事案では、認識していた負傷客体 A に対する殺人未遂罪の成否から先に論じる。

⁸⁾ 判例（最判 S53.7.28・百 I 42）も、X が警察官 Y の拳銃を強取する目的で改造けん銃を発砲したところ、弾丸が Y・Z 双方に命中したもののいずれも死亡しなかったという事案で、数故意犯説を採用し、Y に対する強盗殺人未遂罪と Z に対する強盗殺人未遂罪の成立を認め、両罪を観念的競合としている（西田 223 頁）。

一故意犯説からは、B に対する殺人未遂罪の成立が否定され、B に対する犯罪としては過失致傷罪（又は重過失致傷罪）が成立し得るにとどまる。

（3）客体の錯誤

認識した侵害客体の属性に関する錯誤である。

具体的法定符合説も、客体の錯誤の事例においては、実現事実についての故意を認める。例えば、「X は、B を A だと誤解して殺害した」という事案では、X は「その人」を殺害する意思で「その人」を殺害しているのだから、認識事実と実現事実とが具体的に「その人」という点で符合しているといえるのである。

抽象的法定符合説からは、認識事実と実現事実とが「およそ人を殺す」という点で殺人罪の構成要件の範囲内で符合しているとの理由から、実現事実についての故意が認められる。

（4）因果関係の錯誤

侵害が生じた客体に錯誤はないが、侵害に至る因果経過に錯誤がある場合である。

なお、方法の錯誤も因果関係の錯誤の一種であるが、方法の錯誤に伴う因果関係の錯誤の問題は、抽象的法定符合説／具体的法定符合説の対立の問題に包摂されていると思われる。

〔論点 6〕因果関係の錯誤

因果関係の錯誤の論点に入る前に、法的因果関係の認められる因果経過を認識していたことを認定する。これがないのであれば、錯誤論に入るまでもなく、故意が否定されるからである。

因果関係の錯誤は、典型的には、早すぎた構成要件の実現の事例と遅すぎた構成要件の実現の事例（ウェーバーの概括的故意の事例）で問題となる。

因果関係も客観的構成要件要素であるから、故意の認識対象になる。もっとも、故意責任の本質である規範の問題は構成要件の形式で与えられているから、認識事実と実現事実とが同一構成要件内で符合している限り、具体的事実の錯誤は故意を阻却しないと解する（法定的符合説）。

そして、因果関係の錯誤は、認識した因果経過と現実の因果経過とがいずれも因果関係の認められるものとして同一構成要件の範囲内で符合するものである。⁹⁾

したがって、因果関係の錯誤は故意を阻却しない。

山口総論 212 頁参照

A

大判 T12.4.30・百 I 15

基礎応用 116 頁 [論点 3]、基礎応用 53 頁 [過去問]

⁹⁾ 構成要件の故意の認識対象は構成要件該当事実であるから、行為者が法的因果関係の認められる因果経過を認識していることが、構成要件の故意の要件として必要となる。したがって、行為者が法的因果関係の認められる因果経過を認識していなければ、因果関係の認識を欠くものとして故意が否定され、因果関係の錯誤は問題にならない（山口総論 230 頁、佐伯 273～275 頁）。そうすると、因果関係の錯誤の事案では、①まず初めに、行為の認識していた因果経過に法的因果関係が認められるかを、因果関係の認識の有無として論じることになる。②次に、因果関係の認識が認められた場合には、行為者の因果関係の認識と実際の因果関係とがずれていることから、行為者の因果関係の認識をもって故意を認めることができるのかということが、因果関係の錯誤として問題となる。そして、因果関係の錯誤の論点 (②) に入る前提として、現実の因果経過に法的因果関係が認められること及び行為者が法的因果関係の認識を有していることが認定されているのだから、法定的符合説からは、必然的に、行為者の認識した因果経過と現実の因果経過とが法的因果関係の範囲内で符合しているとの理由から故意が認められることになる。

[過去問]

(事案)

Yは、Aの口をガムテープで塞いでB車トランク内に閉じ込めてB車を走行させるという第一行為によりひとけがない本件採石場の本件駐車場までAを連れて行った上で、本件駐車場でB車に放火するという第二行為よりAを焼殺するつもりで、第一行為・第二行為を行ったところ、予期に反して、第一行為の時点でAが死亡していた。

Aの死因は、B車の走行中、走行による車酔いにより嘔吐し、ガムテープで口を塞がれていたために吐しゃ物が気管に詰まり、窒息死したというものである。

なお、Yは、第一行為によりAが死亡するとは思っていなかった。

(答案)

1. 殺人罪 (刑法 199 条)

(1) YがAの口をガムテープで塞いでB車トランク内に閉じ込めてB車を走行させるという第一行為を行ったところ、本件駐車場でB車に放火するという第二行為よりも前にAが死亡している。そこで、第一行為の時点で殺人罪の「実行に着手」(43条本文)したといえるか。

ア. … (早すぎた構成要件の実現に関する論証) …

イ. 当てはめ ⇒ 第一行為の開始時で殺人罪の「実行に着手」した

(2) Yは、第一行為の過程で、おう吐して吐しゃ物が気管を塞ぎ窒息死した。では、因果関係はあるか。

ア. … (危険の現実化説の論証) …

イ. …因果関係あり…

(3) Yが認識していた第一行為を行った上で第二行為によりAを焼殺するという因果経過にも因果関係があるといえるから、Yには因果関係の認識が認められる。それでは、因果関係の錯誤は故意を阻却するか、Yが第二行為によりAを焼殺する認識で第一行為によりAを窒息死させていることから問題となる。

ア. …論証…

イ. Xには殺人罪の故意が認められ、殺人既遂罪が成立する。

[論点 7] 遅すぎた構成要件の実現 (ウェーバーの概括的故意)

第一行為によって結果を実現したと思い、第二行為を行ったところ、第二行為により初めて結果が実現された場合をいう。

例えば、Xは、Vを絞殺するつもりでVの頸部を麻縄で締め(第一行為)、Vが動かなくなっただけで既に死亡したと思い、犯行発覚を防ぐ目的でVの死体を海岸の砂上に運び放置した(第二行為)ところ、Vは海岸の砂末を吸引して窒息死したという事案である。

1. 第一行為と第二行為の関係

かつては、第一行為と第二行為を包括的に支配する「概括的故意」とい

A

平成 25 年司法試験改題

基礎応用 116 頁 [論点 3]

基礎応用 32 頁 [論点 3]

基礎応用 52 頁 [論点 4]

B

大判 T12.4.30・百 1 15

基本刑法 I 116~118 頁

う特殊な故意を認め、第一行為と第二行為を殺人罪の実現に向けられた一個の行為と捉えることで、当初の意図が結局実現されたのであるから殺人既遂罪が成立すると説明されていた。

しかし、遅すぎた構成要件の実現事例では、第一行為で結果を実現する認識で第一行為を実行したことにより故意が失われる。そうすると、第一行為と第二行為は、意思の連続性を欠くから、一個の行為として把握されるべきではない。¹⁰⁾

そこで、両者を別々の行為として捉えた上で犯罪の成否を検討する。

2. 第一行為に対する殺人罪の成否

(1) 実行行為・結果・因果関係

第一行為と第二行為とを別々の行為として捉えた場合、第一行為について殺人罪の成否を検討することになる（なお、第二行為の時点では殺人罪の故意がないから、第二行為について殺人罪の成否を検討する必要ではない）。¹¹⁾

第一行為の殺人罪の成否においては、第一行為と死亡の間に第二行為（砂浜放置行為）が介入しているため、因果関係の存否が問題となる。

前記事案では、第二行為（砂浜放置行為）が砂末吸引による窒息死という結果発生の直接的原因になっているから、因果関係（危険の現実化）の存否は、行為者の第一行為（殺人罪の実行行為）が第二行為（砂浜放置行為）をもたらす危険性を有しており、その危険性が結果へと現実化したといえるかにより判断される。

そして、「殺害行為に及んだ者が犯行の発覚を恐れてこれを遺棄しようとすることはありうること」であるから、第一行為が第二行為をもたらす危険性を有しており、その危険性が結果へと現実化したといえることができる。

したがって、因果関係が認められる。

(2) 故意

X は、V の頸部を麻縄で締めることで V を死亡させるという法的因果関係の認められる因果経過を認識していたものの、実際には第二行為

基礎応用 35 頁の間接実現型(i)として処理される。

¹⁰⁾ かつての見解（行為の一個性を認める見解）は、「存在しない行為を擬制するもの」であり、妥当ではない。すなわち、遅すぎた構成要件の実現では、第一行為により殺人を実現する認識で第一行為を実行したのだから、第一行為の終了とともに殺人の故意が消滅する。したがって、第二行為の時点では、すでに殺人の故意が消滅している（早すぎた構成要件の実現の事例と異なり、意思の連続性を欠く）。そうすると、第一行為と第二行為とを、殺人罪の実現に向けられた一個の行為と捉えることには無理がある。これに対し、早すぎた構成要件の実現では、第一行為と第二行為を一体的に捉えることにより第二行為に留保されていた殺人既遂の故意を第一行為の時点で認める見解が主流であるが、第一行為の時点で殺人既遂の故意が消滅しているわけではないから、存在しない故意を擬制することにはならないのである（基本刑法 I 117 頁）。

¹¹⁾ 第二行為については、死体遺棄罪の認識で客観的には殺人罪を実現したとして、38 条 2 項の適用により、故意を有しない殺人罪の成立が否定される。ここでは、抽象的事実の錯誤のうち、軽い罪の認識で重い罪を実現した場合（基礎応用 58 頁 [論点 2]）として、死体遺棄罪の客観的構成要件該当性が問題となる。死体遺棄罪の保護法益は死者に対する宗教上の信念（広い意味での宗教感情）であるのに対し（高橋各論 600 頁、基本刑法 I 124～125 頁）、殺人罪の保護法益は人の生命であるから、両者間に保護法益の共通性は認められない。そうすると、両者の構成要件が死体遺棄罪の限度で実質的に重なり合うとはいえないから、死体遺棄罪の客観的構成要件該当は認められない。したがって、第二行為には犯罪は成立しない。

でVが死亡しているため、因果関係の錯誤がある。

…論証…

したがって、殺人の故意も認められ、第一行為に殺人既遂罪が成立する。

3. 第二行為に対する過失致死罪の成否

第二行為がV死亡の直接的原因となっているため、第二行為とV死亡の間の因果関係も認められる。

もっとも、死の二重評価を避けるため、第二行為には過失致傷罪（事案によっては業務上過失致傷罪・重過失致傷罪）が成立するにとどまると解すべきである。

過失行為により惹起された結果のうち、故意行為に吸収されているのは死亡結果だけであるから、過失致傷罪と殺人既遂罪とは包括一罪ではなく併合罪となる。

基礎応用 52 頁 [論点 4]

基本刑法 I 118 頁

6. 抽象的事実の錯誤

認識事実と実現事実とが構成要件を異にする場合である。これには、客体の錯誤と方法の錯誤とがある。¹²⁾

(1) 重い罪の認識で軽い罪を実現した場合

case4: Xは、路上に横たわっているVを見て、Vを殺害しようと考え、包丁でVの心臓を突き刺したところ、既にVは死亡していた（殺人罪の認識で死体損壊罪を実現 - 「客体の錯誤」により重い罪の認識で軽い罪を実現した場合）。

case5: Xは、Vを殺害するつもりで発砲したところ、弾丸がVに当たらず、認識していないVの飼い犬に当たり、その飼い犬が死亡した（殺人罪の認識で器物損壊罪を実現 - 「方法の錯誤」により重い罪の認識で軽い罪を実現した場合）。

ア. 抽象的符合説

抽象的符合説は、行為者の反社会的な危険性に着目し、認識事実と実現事実がおおよそ（何らかの）犯罪という意味で抽象的に符合していれば、何らかの故意犯を認めるべきであるとする見解である。

この見解には、①故意一般及び行為一般というものを抽象化して結びつけて認識事実と実現事実とのいずれか軽いほうの犯罪に故意の既遂を認める見解、②故意の抽象化を徹底させて実現事実について常に故意の既遂犯を認め、38条2項の制限内で択一的に重いほうの刑で処断する見解などがある。

しかし、異なる構成要件間で（無制限に）故意を認めることは、構成要件ごとに犯罪を個別化したこと（構成要件の犯罪個別化機能）を主観面に

A

基本刑法 I 120～122 頁

高橋総論 202～203 頁

高橋総論 202 頁・92 頁

¹²⁾ 例えば、他人が占有する物を遺失物であると認識して持ち去った場合が客体の錯誤、XがVの飼い犬を射殺しようと思い発砲したところ弾丸が飼い犬ではなくVに命中しVが死亡したというのが場合が方法の錯誤である（基本刑法 I 119～120 頁）。

よって抽象化・一般化することになり、罪刑法定主義及び責任主義を没却するものであるから、抽象的符合説は妥当でない。

イ. 法定的符合説・構成要件の符合説

故意責任の根拠である規範の問題は構成要件の形式で与えられているから、認識事実と実現事実が構成要件の範囲内で符合する限度で、故意が認められると解する（法定的符合説（構成要件の符合説ともいう））。

そうすると、両者が異なる構成要件に該当する抽象的事実の錯誤では、原則として故意が阻却される（原則ルール）。

もともと、認識事実が該当する構成要件と実現事実が該当する構成要件が重なり合う限度で、規範の問題が与えられているといえるから、故意が認められると解する（例外ルール・構成要件の符合説）。

ここでいう「構成要件の重なり合い」の判断基準については、構成要件の故意規制機能¹³⁾を重視して故意の構成要件関連性を厳格に解することで、両者が形式的に重なり合う場合、すなわち、①2つの構成要件が「基本となる構成要件」と「加重・軽減類型としての構成要件」という関係にある場合と¹⁴⁾、②一方の構成要件が他方の構成要件を包含する関係にある場合と¹⁵⁾に限定する見解がある（ハードな構成要件の符合説・実質説）。

他方で、構成要件が法益侵害行為の類型であることから、①・②の場合のみならず、③保護法益と行為態様の共通性から構成要件の実質的な重なり合いが認められる場合にも故意を認める見解もあり、これが判例・通説である（ソフトな構成要件の符合説・実質説）。¹⁶⁾

【論点 8】重い罪の認識で軽い罪を実現

行為者の反社会的な危険性に着目し、認識事実と実現事実がおよそ何らかの犯罪という意味で抽象的に符合していれば、何らかの故意犯を認めるべきであるとする見解もある（抽象的符合説）。

しかし、異なる構成要件間で無制限に故意を認めることは、罪刑法定主義（構成要件の犯罪個別化機能）及び責任主義を没却するものであり、妥当でない。

故意責任の根拠である行為規範の問題は構成要件の形式で与えられているのだから、認識事実と実現事実が構成要件の範囲内で符合する限度で故意が認められると解すべきである（法定的符合説 - 判例）。

そうすると、両者が異なる構成要件に該当する抽象的事実の錯誤では、原則として故意が阻却される（原則ルール - 判例）。

もともと、認識事実が該当する構成要件と実現事実が該当する構成要件が重なり合う限度で、規範の問題が与えられているといえるから、故意が認められると解する（例外ルール - 判例）。

基本刑法 I 122 頁

基本刑法 I 122 頁、山口総論 236 頁

高橋総論 203～204 頁、基本刑法 I 123 頁

高橋総論 204～205 頁、基本刑法 I 123～124 頁

A

¹³⁾ 構成要件の故意規制機能とは、故意があるというために認識の対象として必要となる客観的事実を示す機能である（高橋総論 93 頁）。

¹⁴⁾ 殺人罪・同意殺人罪、単純横領罪・業務上横領罪など。

¹⁵⁾ 殺人罪・傷害罪、強盗罪・窃盗罪、強盗罪・恐喝罪など。

¹⁶⁾ 窃盗罪・占有離脱物横領罪、公文書偽造罪・虚偽公文書作成罪、覚せい剤輸入罪（覚せい剤取締法 41 条）と麻薬輸入罪（麻薬及び向精神薬取締法 64 条・65 条）など。

(2) 軽い罪の認識で重い罪を実現した場合

case6: Xは、公園のベンチの上に置かれているVの所有・占有に属する携帯電話を、誰の占有にも属しないと誤信して、誰かに売って換金するつもりで、自宅に持ち帰った（占有離脱物横領罪の認識で窃盗罪を実現 - 「客体の錯誤」により軽い罪の認識で重い罪を実現した場合）。

case7: Xは、Vの飼犬を殺すつもりで発砲したところ、弾丸が飼犬に当たらず、認識していないVに当たり、Vが死亡した（器物損壊罪の認識で殺人罪を実現 - 「方法の錯誤」により軽い罪の認識で重い罪を実現した場合）

ア. 抽象的符合説

抽象的符合説は、行為者の反社会的な危険性に着目し、認識事実と実現事実がおよそ（何らかの）犯罪という意味で抽象的に符合していれば、何らかの故意犯の成立を認めるべきとの見解である。

この見解には、①主観的な故意に応じ故意犯の既遂を認めるもの、②重い実現事実について故意犯の成立を認めつつ、38条2項の適用により認識事実に対応する罪の限度で処罰するものがある。

例えば、器物損壊罪の認識で殺人既遂を実現したという事例（Xは、Vの飼犬を殺すつもりで発砲したところ、弾丸が飼犬に当たらず、認識していないVに当たり、Vが死亡した）では、①によれば器物損壊罪が成立し、②によればVに対する殺人既遂罪が成立し科刑は器物損壊罪の刑に限られる、ということになる。

確かに、行為者は器物損壊罪を行う意思を有していたのだから、器物損壊罪の限度で規範の問題が与えられていたとして、器物損壊罪について故意責任に見合うだけの主観的事情があったともいい得る。

しかし、①のように、器物損壊罪の事実が全くないのに器物損壊罪の成立を認めることは、罪刑法定主義（憲法31条）に反するし、②のように、器物損壊罪の故意しかないのに殺人罪の成立を認めるのは責任主義に反する。

しかも、器物損壊罪の認識で殺人既遂を実現した事例における刑の不均衡の問題は、重過失致死罪が法定された（211条1項後段）ことにより解消されているといえる。

さらに、異なる構成要件間で（無制限に）故意を認めることは、構成要件ごとに犯罪を個別化したことを主観面によって抽象化・一般化することになり、罪刑法定主義及び責任主義を没却するものであるから、抽象的符合説は妥当でない。

そこで、抽象的符合説は採用するべきではないと考える。

イ. 法定的符合説

犯罪が構成要件ごとに個別化されていることからすれば（犯罪個別化機能）、認識事実と実現事実が構成要件の範囲内で符合する限度で故意犯の成立が認められるべきである。

そうすると、両者が異なる構成要件に該当する抽象的事実の錯誤では、原則として故意犯の成立が否定される（原則ルール）。

基本刑法 I 120～121 頁

基本刑法 I 121 頁

基本刑法 I 121 頁

佐伯 281 頁

高橋総論 202 頁

基本刑法 I 122 頁

もつとも、認識事実の構成要件と実現事実の構成要件が重なり合う場合には、その限度において両事実同一の構成要件的評価を受けるから、軽い罪の限度で故意犯の成立を認めることができる（例外ルール）。¹⁷⁾

そして、構成要件が法益侵害行為の類型であることから、構成要件が形式的に重なり合う場合のみならず、保護法益と行為態様の共通性から構成要件の実質的な重なり合いが認められる場合にも故意が認められると解すべきである（ソフトな構成要件的符合説）。^{18) 19)}

[論点 9] 軽い罪の認識で重い罪を実現

1. 実現事実の客観的構成要件該当性
まず、認識事実と実現事実との重なり合いを判断するための前提という意味でも、実現事実の客観的構成要件該当性を認定する。
2. 認識事実についての故意犯の成否
次に、抽象的符合説と法定的符合説の対立が問題となる。
(1) 行為者の反社会的な危険性に着目し、認識事実と実現事実がおよそ何らかの犯罪という意味で抽象的に符合していれば、何らかの故意犯の成立を認めるべきであるとする見解もある（抽象的符合説）。
しかし、異なる構成要件間で（無制限に）故意を認めることは、罪刑法定主義及び責任主義を没却するものであり、妥当でない。
(2) 構成要件の犯罪個別化機能からすれば、認識事実と実現事実が構成要件の範囲内で符合する限度で故意犯の成立が認められるべきである。
そうすると、両者が異なる構成要件に該当する抽象的事実の錯誤では、原則として故意犯の成立が否定される（原則ルール - 判例）。
もつとも、認識事実の構成要件と実現事実の構成要件が重なり合う場合には、その限度において両事実同一の構成要件的評価を受けるから、軽い罪の限度で故意犯の成立を認めることができる（例外ルール - 判例）。

A

最決 S61.6.9・百 I 43

(3) 認識した罪と実現した罪の法定刑が同じ

この場合は、[論点 8] と同様、実現した罪についての故意の肯否が問題となる。

[論点 10] 認識した罪と実現した罪の法定刑が同じ

故意責任の根拠である行為規範の問題は構成要件の形式で与えられているのだから、認識事実と実現事実が構成要件の範囲内で符合する限度で故意が認められると解すべきである（法定的符合説 - 判例）。

A

最決 S54.3.27

¹⁷⁾ 構成要件的符合説で処理する場合、錯誤論を展開する前に、重い罪の構成要件に属する実現事実については故意がないため刑法 38 条 2 項の適用により実現事実の故意犯が成立しないことを指摘する。

¹⁸⁾ 38 条 2 項は、客観的には軽い罪の客観的構成要件該当事実が存在しないにもかかわらずこれが存在するとみなすものであり、そのような取り扱いは、38 条 2 項により法定されているのであるから罪刑法定主義に違反しない（基本刑法 I 127 頁）。

¹⁹⁾ 軽い罪の認識で重い罪を実現した類型では、「客観的に軽い罪の構成要件該当性が認められるか」が問題とされており、故意の有無が問われているわけではない（基本刑法 I 127 頁）。

そうすると、両者が異なる構成要件に該当する抽象的事実の錯誤では、原則として故意が阻却される（原則ルール）。

もっとも、認識事実が該当する構成要件と実現事実が該当する構成要件が重なり合う限度で、規範の問題が与えられているといえるから、故意が認められると解する（例外ルール）。

第8節. 過失

38条1項が「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。」と定めていることから、過失犯は、法律により過失犯処罰規定が設けられているものに限り、処罰される。

刑法上は、過失致死傷罪（209条、210条）、業務上過失致死傷罪（211条前段）、重過失致死傷罪（211条後段）が規定されている。

例えば、過失による窃盗罪（235条）、過失による横領罪（252条）、過失による器物損壊罪（261条）など、法律により過失犯処罰規定が設けられていない犯罪については、過失犯として処罰することができない。

case1：Xは、山頂から石を投げて遊んでいたところ、Xの投げた石が登山をしていたVに当たり、Vが傷害を負った（過失傷害罪 [209条]）。

case2：Xは、A病院に勤務する看護師であるところ、Vに投薬するものとして薬剤師Yから薬Dを受け取り、Vが薬Dに対する強いアレルギー体質を有していたことに気が付かないまま、薬DをVに投与したところ、VがD薬に対するアレルギー反応を起こして死亡した（業務上過失致死罪 [211条前段]）。

case3：Xは、自動車を運転中、わき見運転をした結果、車道の信号が赤色であったことに気が付かず、横断歩道を通行していたVを轢いてしまい、Vを死亡させた（過失運転致死罪 [自動車運転致死傷行為処罰法5条]）

1. 過失犯の成立要件

過失とは、結果予見可能性を前提とした結果回避義務違反をいう。¹⁾

構成要件的過失の段階では一般人を基準として注意義務（客観的注意義務）を判断し、責任過失の段階では行為者を基準として注意義務（主観的注意義務）を判断する。

(1) 結果予見可能性

ア. 程度

結果予見可能性は抽象的なもので足りるのか、それとも具体的なものであることを要するのかという点につき、見解の対立がある。

[論点1] 結果予見可能性の程度

結果発生に対する漠然とした危惧感を抱く可能性という意味での抽象的予見可能性で足りるとする見解もある（危惧感説／新・新過失論）。

しかし、責任主義の見地より、結果予見可能性は、結果回避義務の前提要件という性質上、具体的なものであることを要する（判例）。

A

西田総論 272 頁

基本刑法 I 141 頁

B

基本刑法 I 136～138 頁

¹⁾ “過失とは、不注意を意味し、不注意とは注意義務違反、すなわち、犯罪事実の実現を回避するよう配慮すべき義務に違反することをいう。…注意義務の内容については、旧過失論からは結果予見義務、新過失論からは結果回避義務が帰結され、本書は、犯罪事実の実現を回避すべき義務、すなわち、結果回避義務であると解する。結果回避義務は、その前提として、結果の予見可能性が必要であることから、構成要件的過失の基本構造は、結果の予見可能性と結果回避義務（その違反）であり、予見可能性を予見義務として位置づけるべきではない。”（高橋総論 219～220 頁）

(補足)

限界事例では、当該結果を回避する義務の発生根拠となり得るだけの予見可能性が認められるためには、いかなる事実関係ないし結果発生危険性の認識を要するかが問題となることがある。

後掲 [判例 2]

[判例 1] 北大電気メス事件

C (総)

事案：医師 X や看護師 Y らの医療チームが電気メスを使用して手術を行った際、看護師 Y (間接介助看護師) が電気メスのケーブルの接続を誤ったために患者に傷害を負わせた事案。

札幌高判 S51.3.18・百 I 51

要点：本判決は、「執刀医である X にとって、…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」との理由から、医師 X の結果予見可能性を否定して、「X 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ったこと」につき「執刀医として通常用いるべき注意義務の違反があったものということとはできない」とした。

[判例 2] 列車転覆事故

B (総)

事案：快速列車が適切な制動措置をとらないまま転覆限界速度を超える速度で本件曲線に侵入したことにより転覆事故を起こし多数の死傷者が発生した事案において、鉄道会社取締役の業務上過失致死傷罪との関係で、本件曲線を個別に指定して ATS (自動列車停止装置) の整備を指示することを内容とする結果回避義務を課すに足りるだけの結果予見可能性の有無が争点となった。

最決 H29.6.12・百 I 57

要点：本決定は、①被告人らにおける「ATS 整備の主管部門を統括する鉄道本部長に対し、ATS を本件曲線に整備する指示をすべき業務上の注意義務」は「運転士が適切な制動措置をとらないまま本件曲線に進入することにより、本件曲線において列車の脱線転覆事故が発生する危険性を予見できたことを前提とするものである」、②「しかしながら、…被告人らが、管内に 2000 か所以上も存在する同種曲線の中から、特に本件曲線を脱線転覆事故発生の危険性が高い曲線として認識できたとは認められない。」、③「本件事故以前の法令上、ATS に速度照査機能を備えることも、曲線に ATS を整備することも義務付けられておらず、大半の鉄道事業者は曲線に ATS を整備していなかったこと等の本件事実関係の下では」、「運転士がひとたび大幅な速度超過をすれば脱線転覆事故が発生する…という程度の…認識をもって、本件公訴事実に係る注意義務の発生根拠とすることはできない。」として、結果予見可能性を否定した。

イ. 対象

結果予見可能性の対象についてどこまで具体的に考えるのかについても、争いがある。

[論点 2] 結果予見可能性の対象

例えば、case2 では、V に対する投薬を誤れば V がアレルギー反応を起こして死亡するかもしれないというように、予見可能性の対象となる結果が「V の死亡」というように客体レベルで特定されている。

これに対し、case1、case3 では、誰かを負傷させたり死亡させるかもし

B

山口総論 252 頁、基本刑法 I 138 頁

れないというように、予見可能性の対象となる結果が客体レベルでは特定されていないため、予見可能性が認められるのかが問題となる。

結果予見可能性は、故意に到達する可能性という性質上、故意と同様に同一構成要件内での抽象化が許容されるから、特定の構成要件的结果と結果発生に至る因果関係の基本的部分について認められれば足りる（判例）。

[判例 3] 構成要件的结果

事案：Xは、業務として普通貨物自動車（軽四輪）を運転中、最高速度が時速30キロメートルに指定されている道路を時速約65キロメートルの高速で進行し、対向してきた車両を認めて狼狽し、ハンドルを左に急転把した過失により、道路左側のガードレールに衝突しそうになり、あわてて右に急転把し、自車の走行の自由を失わせて暴走させ、道路左側に設置してある信号柱に自車左側後部荷台を激突させ、その衝撃により、後部荷台に同乗していたVら2名を死亡するに至らせ、更に助手席に同乗していたZに対し全治約2週間の傷害を負わせた。なお、Xが自車の後部荷台にVら2名が乗車している事実を認識していたとは認定できない。

判旨：「Xにおいて、右のような無謀ともい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べきであるから、たとえXが自車の後部荷台に前記両名が乗車している事実を認識していなかったとしても、Vらに関する業務上過失致死罪の成立を妨げないと解すべきである。」

B

最決 H 元.3.14・百 I 52

[判例 4] 因果関係の基本的部分

事案：近畿日本鉄道東大阪線生駒トンネル内における電力ケーブルの接続工事に際し、施工資格を有してその工事に当たったXが、ケーブルに特別高圧電流が流れる場合に発生する誘起電流を接地するための大小二種類の接地銅板のうちの一種類をY分岐接続器に取り付けるのを怠ったため、右誘起電流が、大地に流されずに、本来流れるべきでないY分岐接続器本体の半導電層部に流れて炭化導電路を形成し、長期間にわたり同部分に集中して流れ続けたことにより、本件火災が発生した。

判旨「右事実関係の下においては、X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ものといべきである。したがって、本件火災発生の予見可能性を認めた原判決は、相当である。」

C

最決 H12.12.20・百 I 53

ウ. 基準

行為者と一般人のいずれを基準とするべきか。

[論点 3] 結果予見可能性の基準

構成要件は、社会通念上違法で処罰に値すると考えられる行為の類型であるから、その該当性判断は一般的・類型的判断である。

そこで、構成要件的過失における予見可能性は、一般人の注意能力を基準として判断されると解する。

B

基本刑法 I 139 頁

もつとも、ここでいう一般人は、社会一般の通常人ではなく、行為者と
同じ立場にある通常人を意味すると解される。²⁾

(2) 結果回避可能性

結果回避義務違反の前提として、結果回避可能性が必要となる。

まず初めに、①具体的状況において、行為者の属性によって類型化される
一般通常人を基準にすると、結果発生を回避するにいかなる行為をなすこと
が義務づけられるかを、法令、契約、慣習、条理などから判断する。ここで
は、結果回避義務の内容を具体的に特定する必要がある。

次に、②行為者がその結果回避義務を履行することが可能であったか、③
その結果回避義務を履行すれば結果発生を防ぐことができたかを判断する。

信頼の原則が問題となる事例のうち、信頼の原則の適用が否定される事案
では、同原則が適用されないのであれば行為者が負うことになる結果回避義
務の内容を前提として(①)、②・③を検討する。これに対し、適用肯定事案
では、同原則が適用されることで緩和された結果回避義務の内容を前提とし
て(①)、②・③を検討する。

(3) 結果回避義務違反

前記(2)①によりその内容が具体的に特定された結果回避義務に違反した
かどうかを判断する。

[論点 4] 信頼の原則

信頼の原則とは、他人(被害者又は第三者)が適切な行動に出ることを信
頼するのが相当である場合には、結果回避義務の内容が他人の適切な行動を
前提としたものに軽減されるとして、過失犯の成立を否定する考えである。

信頼の原則において問題となる信頼は、他人が適切な行動に出ること(他
人が不適切な行動に出ないこと)に対する信頼である。例えば、行為者の不
注意と他人の法令違反行為(例えば、被害者の交通法規違反など)とが相ま
って結果発生をもたらした場合(判例5)、医療従事者の不注意と他の医療従
事者による院内ルール(患者の同一性の重複確認など)への違反とが相ま
って結果発生をもたらした場合(判例6)などに、信頼の原則が問題となる。

要するに、行為者の不注意と相まって結果発生をもたらした他人の行動が
法令や内部ルールに違反する不適切な行動である場合に、信頼の原則が問題
になるのである。

case2において、看護師Xが薬剤師Yが薬の処方量を誤るわけがないと信じ
ていた場合には、信頼の原則の適用により、Xが結果回避義務としてVの
薬Dに対するアレルギー体質の有無を確認する義務を負うことが否定される
のが問題となる。

信頼の原則は結果回避義務を軽減する機能を有し、他人の適切な行動に対
する信頼が相当といえる場合には、信頼の原則の適用により、結果回避義務
の内容が他人の適切な行動を前提として行動することに軽減される(判例)。

基本刑法 I 140 頁

A

山口総論 256～257 頁、高橋総論
232～233 頁

事案によっては、結果予見可能性の
内容を限定する(あるいは、否定す
る)ものとして論じる。

²⁾ 行為無価値論(結果無価値・行為無価値二元論を含む)の立場では、故意が構成要件の故意と責任故意
に分類されるのと同様に、過失も構成要件の過失と責任過失に分類される。そして、構成要件の過失では一
般人を基準として結果予見可能性の有無が判断され、責任過失では行為者を基準として結果予見可能性の
有無が判断される。なお、行為無価値論と結果無価値論の対立については基礎応用 68 頁[論点 1]を参照。

[判例 5]

事案：X は、原動機付自転車の運転業務に従事するものであるところ、いまだ灯火の必要がない午後 6 時 25 分ごろ、第一種原動機付自転車を運転して、幅員約 10m の一直線で見通しがよく、他に往来する車両のない路上において、進路の右側にある幅員約 2m の小路にはいるため、センターラインより若干左側を、右折の合図をしながら時速約 20km で南進し、右折を始めたが、その際、右後方を瞥見しただけで、安全を十分確認しなかつたため、X の右後方約 15メートルないし 17.5m を、第二種原動機付自転車を時速約 60km ないし 70km の高速度で運転して南進し、X を追抜こうとしていた V を発見せず、危険はないものと軽信して右折し、センターラインを越えて斜めに約 2m 進行した地点で、V をして、その自転車の左側を X の自転車の右側のペダルに接触させて転倒させ、よつて、V を頭部外傷等により死亡するに至らせた。

判旨：「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頼して運転すべきものであり、そのような信頼がなければ、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、そのことを互に信頼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。このようにみてくると、X 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頼して運転すれば足り、V 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。」

B

最判 S42.10.13・百 I 54

[判例 6] 横浜市大病院医療過誤事件

事案：患者を取り違えた手術に麻酔医として参加した者につき、手術により生じた A の全治約 2 週間の右胸部切創等及び B の全治約 5 週間の肋骨正中切開等の傷害について業務上過失致傷罪の成否が問題となった。

判旨「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に信頼し、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

B

最決 H19.3.26・H19 重判 2

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。

これを X についてみると、〔1〕麻酔導入前にあっては、患者への問い掛けや容ぼう等の外見的特徴の確認等、患者の状況に応じた適切な方法で、その同一性を確認する注意義務があるものというべきであるところ、上記の問い掛けに際し、患者の姓だけを呼び、更には姓にあいさつ等を加えて呼ぶなどの方法については、患者が手術を前に極度の不安や緊張状態に陥り、あるいは病状や前投薬の影響等により意識が清明でないため、異なった姓で呼び掛けられたことに気付かず、あるいは言い間違いと考えて言及しないなどの可能性があるから、上記の呼び掛け方法が同病院における従前からの慣行であったとしても、患者の同一性の確認の手立てとして不十分であったというほかなく、患者の容ぼうその他の外見的特徴なども併せて確認をしなかった点において、〔2〕更に麻酔導入後にあっては、外見的特徴や経食道心エコー検査の所見等から患者の同一性について疑いを持つに至ったところ、他の関係者に対しても疑問を提起し、一定程度の確認のための措置は採ったものの、確実な確認措置を採らなかった点において、過失があるというべきである。」

2. 段階的過失

(総)

同一行為者による複数の過失が併存する事案における過失犯の実行行為の捉え方については、①結果と因果関係を有する過失をすべて過失犯の実行行為と捉える過失併存説、②結果に直近する最後の過失だけを過失犯の実行行為と捉える直近過失一個説、③結果から因果の経過を遡って、原因となる1個の過失を過失犯の実行行為と捉えるべきであるとする過失段階説がある。

①過失併存説では、結果に最も近い不注意について過失が認められても、その前の不注意について結果との因果関係が認められれば、その不注意も併せて過失犯の実行行為と捉えることになる。しかし、結果との関連性が弱く実行行為の前提事情にすぎないような不注意は実行行為から排斥すべきである。

②直近過失一個説は、①過失併存説では、結果発生にとってそれほど重要でない落ち度まで過失とされ、審理における争点が不明確になる、ということを経由して理由として挙げる。しかし、直近過失一個説を徹底すると、直近過失の前になされた不注意の方が結果発生にとって重要である場合や、複数の不注意が互いに不可分の関係にあって結果発生に至った場合にも、直近過失のみが過失とされることになり、不都合である。²⁾

基本刑法 I 144 頁

③過失段階説は、①過失併存説では過失犯の実行行為が無限定で不明確なも

前田総論 212～213 頁

²⁾ そこで、実務では、過失併存説を基本とし、複数の不注意を過失と捉えることを認めつつも、直近過失一個説の趣旨を考慮し、結果との関連性が弱く実行行為の単なる前提事情にすぎないような不注意は過失と捉えないという取り扱いが多い。高橋総論 239～240 頁では、「一連の注意義務違反が不可分に結合して結果が発生する場合に、直近過失1個に過失を限定する意味はなく、本書によれば、過失犯の実行行為は、法益への抽象的危険行為であるから、それぞれに過失犯の実行行為性を認めた上で一連として一体化することも可能であり、また、実行行為性の前提事情にすぎない場合には実行行為性を否定すれば足りるのである。したがって、過失併存説が妥当であり、前述した積み荷事例においては、「粗雑な積み方」と「乱暴な運転」が、酩酊事例においては、「前方不注視の運転」がそれぞれ過失犯の実行行為と解することになる（「飲酒運転の開始」は実行行為性の前提事情である。）と説明されている。

のとなることを理由とする。③過失段階説では、結果に最も近い過失1個を過失犯の実行行為と捉えるべきとする考え方になりやすい。しかし、いくつかの考えられる危険な行為を前提として把握した上で、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である。

[論点5] 直近過失一個説の趣旨を考慮して過失併存説を運用する見解

結果発生過程に同一行為者による複数の過失が存在する事案において、常に直近過失のみを実行行為と捉えると、不都合な事態となり得る。

そこで、結果と因果関係を有し得る過失をすべて過失犯の実行行為と捉えるという考えを基本としつつ、結果との関連性が弱く実行行為の前提事情にすぎないような不注意は実行行為から排斥すべきであると解する。

B

3. 管理・監督過失

(総)

工事災害、食品・薬品事故、医療事故、大規模火災事故などの事例においては、直接行為者の過失責任のほかに、管理者や監督者の過失責任が問題となる。

(1) 監督過失

山口総論 259～261 頁

結果を惹起した直接行為者の過失行為を防止すべき立場にある監督者について問題となる過失である（間接防止型）。

監督過失の事案では、直接行為者の過失行為によって結果が惹起されたのだから、直接行為者を監督すべき立場にある監督者に結果予見可能性が認められるためには、直接行為者の過失行為の予見可能性が必要である。

そして、直接行為者が過失行為を行う兆候の予見可能性がなければ、直接行為者が適切な行為を行うことに対する信頼について信頼の原則が適用されるため、結果予見可能性が否定される。

(2) 管理過失

山口総論 261～263 頁

結果発生を防止すべき物的・人的体制を整備すべき立場にある管理者について問題となる過失である（直接介入型）。

管理過失の事案では、不十分な結果回避措置（防災体制）により結果を直接惹起したことについての過失責任が問われている。

そうすると、管理過失における結果予見可能性は、過失行為又は自然災害などにより一旦危険が生じた場合に防災体制の不十分さが原因となって結果が生じるという条件付きのものであるから、過失行為又は自然災害などによる危険発生という条件成就に対する予見可能性をもその内容とする。

4. 業務上過失致死罪の検討手順

(総)

以下は、業務上過失致死罪（211条前段）の成否の検討手順である。

[検討手順]

A

1. 「業務」

人が社会生活上の地位に基づき、反復継続して行う行為であって、他人の生命・身体等に危害を加えるおそれのあるものをいう。

2. 過失

「必要な注意を怠り」とは過失の意味であり、これは結果予見可能性を前

提とした結果回避義務違反をいう。

(1) 結果予見可能性

ア. 程度

責任主義の見地より、結果予見可能性は、結果回避義務の前提要件という性質上、具体的なものであることを要する。

限界事例では、当該結果を回避する義務の発生根拠となり得るだけの予見可能性が認められるためには、いかなる事実関係ないし結果発生危険性の認識を要するかが問題となることがある。

イ. 対象

結果予見可能性は、故意到達可能性という性質上、故意と同様に同一構成要件内での抽象化が許容されるから、特定の構成要件的结果と結果発生に至る因果関係の基本的部分について認められれば足りる。

ウ. 基準

構成要件的過失における予見可能性は、構成要件という性質上、行為者と同じ立場にある通常人の注意能力を基準として判断される。

(2) 結果回避可能性

①結果回避義務の内容を具体的に特定⇒②義務履行の可能性⇒③義務履行による結果回避の可能性という流れで検討する。

信頼の原則が問題となる事例のうち、信頼の原則の適用が否定される事案では、同原則が適用されないのであれば行為者が負うことになる結果回避義務の内容を前提として(①)、②・③を検討する。これに対し、適用肯定事案では、同原則が適用されることで緩和された結果回避義務の内容を前提として(①)、②・③を検討する。

(3) 結果回避義務違反

ここでは、信頼の原則により、結果回避義務が本来の内容よりも限定(軽減)されないかが問題となる。

信頼の原則は結果回避義務を軽減する機能を有し、他人の適切な行動に対する信頼が相当といえる場合には、信頼の原則の適用により、結果回避義務の内容が他人の適切な行動を前提として行動することに軽減される。

事項索引

【あ】

あっせん収賄罪 p421

穴埋め横領 p327

【い】

遺棄罪 p207～

遺棄等致死傷罪 p209

意思活動（行動）の自由 p226

遺失物等横領罪 p332～

委託（信任）関係 p319、326、335

一故意犯説 p48

一部露出説 p201

一般的職務権限 p412

移転罪 p255

違法減少説 p125

違法性 p68～

違法性推定機能 p68

違法性阻却事由 p68

違法性の意識 p106

違法・責任減少説 p92、126

違法の相対性 p69、146

意味の認識 p29

威力 p251

因果関係 p30～

——の錯誤 p52

因果共犯論 p130

淫行勧誘罪 p385

印章偽造罪 p383

隠避 p399

陰謀 p8

【う】

ウェーバーの概括的故意 p53

【え】

営利目的等略取・誘拐罪 p231

延焼罪 p361

【お】

応報刑論 p1

往来危険罪 p364

往来危険による汽車転覆等罪 p364

往来の危険 p362

往来妨害罪 p364

横領後の横領（横領物の横領） p328

横領罪 p319～

——と背任罪との区別 p337

不法原因給付と—— p321

【か】

害悪の告知 p225

概括的故意 p42

外患誘致罪 p387

外国通貨偽造罪 p367

害の均衡 p101

外部的名誉

拡張解釈 p244、247

確定的故意 p42

科刑上一罪 p185～

加減的身分 p178

過去の職務 p415

過失 p60～

——による教唆 p163

——による幫助 p173

過失運転致死傷罪 p222

過失往来危険罪 p364

過失推定説 p6

過失致死傷罪 p219

過失犯 p60～

——の共同正犯 p134

加重収賄罪 p420

加重逃走罪 p397

加重封印等破棄等罪 p396

過剰避難 p101

過剰防衛 p92～

かすがい現象 p186

ガス漏出等罪・同致死傷罪 p363
 可能的自由 p227
 可罰的違法性 p69
 仮釈放 p196
 仮出場 p196
 科料 p191
 監禁 p227～
 看守 p240
 看守者等による逃走援助罪 p397
 間接教唆 p165
 間接実行 p11
 間接惹起 p130
 間接正犯 p11～
 間接幫助 p174
 間接無形偽造 p375
 完全犯罪共同説 p138
 監督過失 p66
 観念的競合 p185
 管理過失 p66
 管理可能性説 p256
 管理・監督過失 p66

【き】

毀棄・隠匿罪 p349
 危惧感説 p60
 偽計 p248
 危険の現実化 p32
 危険運転致死傷罪 p219～
 危険犯 p7
 汽車転覆等罪 p364
 記述的構成要件要素 p44
 偽証罪 p405
 既遂犯 p7
 偽造 p366、370
 偽造私文書等行使罪 p381
 偽造通貨等取得罪 p367
 偽造有価証券行使等罪 p382
 期待可能性 p109
 ——の錯誤 p109
 寄託された金銭 p321

規範的構成要件要素の認識 p45
 規範的名誉 p245
 器物損壊罪 p351
 欺罔行為 p288
 客体の錯誤 p52
 客体の不能 p121
 客観的危険説 p122
 客観的構成要件要素
 客観的処罰条件 p10
 旧過失論 p60
 吸収一罪 p183
 急迫不正の侵害 p79
 境界損壊罪 p352
 恐喝 p314
 恐喝罪 p314
 凶器準備結集罪 p218
 狭義の共犯 p130
 狭義の包括一罪 p185
 教唆 p159
 強制執行関係売却妨害罪 p396
 強制執行行為妨害等罪 p396
 強制執行妨害目的財産損壊等罪 p395、396
 強制力を行使する権力的公務 p250
 強制わいせつ罪 p234
 共同正犯 p131～
 脅迫 p224
 脅迫罪 p224
 共罰的事後行為 p183～
 共罰的事前行為 p183～
 共犯 p130～
 ——と身分 p177
 ——の因果性 p130
 ——の罪数 p186
 ——の従属性 p162
 ——の処罰根拠 p130
 共犯関係からの離脱 p153～
 共謀共同正犯 p131
 業務上横領罪 p329
 業務上過失致死傷罪 p219
 業務上墮胎罪 p206

- 業務主処罰規定 p6
- 強要罪 p224
- 強要による緊急避難 p100
- 虚偽鑑定等罪 p405
- 虚偽公文書作成等罪 p374
- 虚偽診断書等作成罪 p381
- 虚偽の告訴 p406
- 虚偽の陳述 p405
- 極端従属性説 p162
- 御璽偽造罪 p383
- 挙証責任の転換 p214、217
- 挙動による欺罔 p297
- 緊急避難 p99
- の法的性格 p99
- 禁錮 p191
- 禁制品 p258
- 【く】
- 偶然防衛 p88
- 具体的危険説 p122
- 具体的危険犯 p7
- 具体的事実の錯誤 p45
- 具体的法定符合説 p46～
- 【け】
- 傾向犯 p8
- 形式主義 p368
- 形式的違法性 p68
- 形式的客観説 p111
- 刑事未成年 p106
- 継続犯 p7
- 刑罰論 p191
- 刑法の時間的適用範囲 p187
- 刑法の場所的適用範囲 p187
- 激発物破裂罪 p362
- 結果予見可能性 p60
- 結果回避可能性 p22、63
- 結果回避義務 p63
- 結果行為 p104
- 結果的加重犯 p212
- の教唆・幫助 p164、173
- の共同正犯 p136
- 結果犯 p7
- 結果無価値論 p2、68
- 結果予見義務 p60
- 原因行為 p103
- 原因において自由な行為 p103
- 厳格故意説 p87、107
- 厳格責任説 p87、96、97、107
- 現在建造物 p354
- 現在の危難 p100
- 現実的自由 p227
- 現住建造物 p354
- 現住建造物等放火罪 p353～
- 建造物等以外放火罪 p359～
- 建造物等損壊罪 p350
- 現場助勢罪 p213
- 権利・義務に関する文書 p375
- 権利行使と恐喝 p316
- 牽連犯 p185
- 【こ】
- 故意 p42～
- ある幫助的道具 p16
- の誤想過剰防衛 p98
- 行為共同説 p146～
- 行為と責任の同時存在の原則 p103
- 行為無価値論 p68
- 公印偽造罪
- 交換価値 p383
- 強姦罪 p115、239
- 公記号偽造罪 p383
- 公共危険罪 p353～
- 公共の危険 p358
- の認識 p359、360
- 抗拒不能 p237
- 行使 p366、372
- 強取 p273
- 公正証書原本不実記載等罪 p374
- 構成的身分 p278

構成要件 p10～
構成要件該当性 p10～
構成要件の過失 p60～
構成要件の結果 p7
構成要件の故意 p42～
構成要件の行為 p11
構成要件の符合説 p56～
公然わいせつ罪 p385
強盗強姦罪 p284
強盗強姦致死罪 p284
強盗罪 p270～
強盗致死傷罪 p282～
交付罪 p255
公文書偽造等罪 p373
公務員職権濫用罪 p407
公務執行妨害罪 p390
効用侵害説 p349
効用喪失説 p357
公用文書等毀棄罪 p349
拘留 p191
国外犯 p188
国内犯 p187
誤想防衛 p95～
国家的法益と詐欺罪の成否 p305
個別財産に対する罪 p254
混合惹起説 p130
昏酔強盗罪 p280

【さ】

再間接教唆 p165
罪刑法定主義 p3
財産刑 p191
財産上の損害 p336
財産的価値 p258
最小従属性説 p162
罪数 p162～
再犯 p197～
再犯加重 p197～
財物 p256
財物性 p256

罪名従属性 p147、149、151、162、172
詐欺罪 p288
国家的法益と——の成否 p305
作為と不作為の区別 p22
作為義務 p22、23、24
作為犯 p6
作成者 p370
作成名義人 p370
——の承諾 p380
殺人罪 p201
三角恐喝 p314
三角詐欺 p303

【し】

私印偽造罪 p383
自救行為 p77
死刑 p191
事後収賄罪 p420
自己墮胎罪 p206
自殺関与罪 p203～
事実証明に関する文書 p376
事実的名誉 p245
死者の占有 p262
自招侵害 p79
事前収賄罪 p419
死体損壊等罪 p386
失火罪 p362
実行共同正犯 p131
実行行為 p10
実行の着手 p111
執行猶予 p193～
実質主義 p368～
実質的違法性 p68
実質的客観説 p111、112
質的過剰 p93
自手実行 p11
自手犯 p179、405
支払用カード電磁的記録不正作出等罪 p382
私文書偽造等罪 p375
社会的行為論 p6

- 社会的相当性 p68
社会的名誉 p244
社交儀礼としての贈与 p409
写真コピー p370
惹起説 p130
重過失致死傷罪 p219
住居 p239
住居権説 p242
住居侵入罪 p239～
自由刑 p191
集合犯 p185
重婚罪 p385
集団強姦等罪 p239
重要部分燃焼開始説 p357
主観的違法要素 p8
主観的構成要件要素 p8
主刑 p191
主体 p5～
受託收賄罪 p418
出水罪 p363
準強制わいせつ罪 p237
準強姦罪 p239
準詐欺罪 p311
純粹惹起説 p130
傷害罪 p211～
傷害致死罪 p213
消火妨害罪 p361
消極的価値 p258
消極的構成要件要素 p86
承継的共同正犯 p137
条件関係 p30
証拠隠滅等罪 p401～
常習賭博罪 p385
詔書偽造等罪 p372
焼損 p357
状態犯 p7
証人等威迫罪 p404
私用文書 p349
私用文書等毀棄罪 p349
証明書等の不正取得 p305
将来担当すべき職務 p417
職務密接関連行為 p413
職務強要罪 p395
所在国外移送目的略取・誘拐罪 p232
処断刑 p197
処分行為 p274、299
処分意思 p299
侵害の急迫性 p79
侵害の予期 p81
人格的行為論 p6
新過失論 p60
真実性の錯誤 p246
真実性の証明 p246
真摯な努力 p127
新住居権説 p239
信書隠匿罪 p351
信書開封罪 p244
新新過失論 p60
心神耗弱 p103
心神喪失 p103
人身売買罪 p232
真正不作為犯 p22
真正身分犯 p5、177
親族間の犯罪に関する特例 p266
親族相盗例 p266
親族による犯罪に関する特例 p403
侵奪 p269
侵入 p241
信用毀損罪 p248
信頼の原則 p63
信頼保護説 p408
心理的因果関係 p131
【す】
数故意犯説 p49
【せ】
制限故意説 p87、106、107
制限従属性説 p162
制限責任説 p87、107

- 請託 p418
- 性的意図 p235
- 正当業務行為 p70
- 正当行為 p70
- 正当防衛 p79
- 正犯なき共犯 p130
- 生命刑 p191
- 世界主義 p190
- 責任 p103
- 責任共犯論 p400
- 責任減少説 p92、126
- 責任主義 p3
- 責任説 p107
- 責任能力 p103
- 責任無能力 p103
- 説教等妨害罪 p386
- 積極的加害意思 p81
- 積極的加害行為 p89
- 積極的価値 p258
- 積極的属人主義 p189、190
- 窃取 p263
- 接続犯 p184
- 窃盗罪 p256～
- の保護法益 p258
- 窃盗の機会 p279
- 宣告刑 p197
- 全体財産に対する罪 p254、336
- 全部露出説 p201
- 占有 p260
- の意思 p260
- の弛緩 p300
- の事実 p260
- 登記による不動産の—— p325
- 不動産の—— p325
- 預金による金銭の—— p325
- 占有説 p259
- 占有離脱物 p332
- 【そ】
- 争議行為 p71
- 相当因果関係説 p31、32
- 藏匿 p398
- 騒乱罪 p353
- 贈賄罪 p408
- 遡及処罰の禁止 p3
- 即成犯 p7
- 属地主義 p187
- 訴訟詐欺 p306
- 【た】
- 対価物件 192
- 第三者供賄罪 p419
- 対物防衛 p80
- 逮捕 p228
- 逮捕・監禁罪 p227～
- 代理・代表名義の冒用 p376
- 他行為可能性 p3
- 多衆不解散罪 p353
- 墮胎罪 p206
- 他人の事務 p334、335
- 談合罪 p396
- 単純遺棄罪 p208
- 単純一罪 p182
- 単純収賄罪 p417
- 【ち】
- 中止犯 p125～
- 抽象的危険説 p122
- 抽象的危険犯 p7
- 抽象的事実の錯誤 p55
- 抽象的符合説 p55～
- 抽象的法定符合説 p46、47、48
- 懲役 p191
- 超法規的違法性阻却事由 p72
- 直接性の要件 p300
- 治療行為 p76
- 【つ】
- 追徴 p193
- 通貨偽造罪 p366～

通貨偽造等準備罪 p367～

通貨の真正 p366

通称名の使用 p377

罪を犯す意思 p8

【て】

邸宅 p240

電子計算機使用詐欺罪 p310

電磁的記録不正作出罪 p381

伝播性の理論 p245、248

【と】

同意殺人罪 p203～

同意堕胎罪 p206

同時傷害の特例 p213～

盗取罪 p255

逃走援助罪 p397

逃走罪 p397

到達時説 p113、120

同等利益・優越的利益の保護 p99

盗品等に関する罪 p340～

特別公務員職権濫用等致死傷罪 p407

特別公務員暴行陵虐罪 p407

独立燃焼説 p357

賭博罪 p385

富くじ発売等罪 p386

図利加害目的 p336、337

【な】

内乱罪 p387

【に】

二重の故意 p104

任意性 p127、128

認識ある過失 p42

認識説 p42、43

任務違背行為 p335

認容説 p42、43

【は】

排除意思 p265～

背任罪 p334～

場所的移動の自由 p227、228

罰金 p191

発送時説 p112、120、121

早すぎた構成要件の実現 p116

犯罪共同説 p146、147

犯罪供用物件 p192

犯罪構成要件 p4

犯罪時 p187

犯罪取得物件 p192

犯罪組成物件 p192

犯罪地 p188

犯罪報酬物件 p192

判断基底 p31、32

犯人蔵匿等罪 p398

【ひ】

非移転罪 p255

被害者

——の承諾 p72

——の特殊事情 p33

非現住建造物等放火罪 p358

被拘禁者奪取罪 p397

必要的共犯 p422

非難可能性 p103

避難の意思 p100

秘密漏示罪 p244

表現犯 p8

表象説 p42、43

被略取者等所在国外移送罪 p233

【ふ】

封印等破棄罪 p395

封緘物 p262

付加刑 p192

不可罰的事後行為 p183、184

不可罰的事前行為 p183、184

武器対等の原則 p90

複合建造物 p355、356
不作為犯 p6、22
不作為犯の因果関係 p27
侮辱罪 p247
不真正不作為犯 p22
不真正身分犯 p5、177
不正指令電磁的記録作成等罪 p384
不正電磁的記録カード所持罪 p382
不退去罪 p243
物理的因果関係 p131
物理的損壊説 p349
不同意墮胎罪 p201、206
不動産侵奪罪 p268～
不燃性・難燃性建造物 p356
不能犯 p121
部分的犯罪共同説 p147～
不法原因給付と横領罪 p321
不法原因給付と詐欺 p305
不法原因給付物と盗品等関与罪 p341
不法領得の意思 p265
不保護 p207
文書 p369
文書偽造罪 p368
墳墓発掘罪 p386
墳墓発掘死体損壊等罪 p386

【～】

併合罪 p198
変死者密葬罪 p386
変造 p366、368、369、371、372
片面的教唆 p163
片面的共同正犯 p137
片面的幫助 p169

【ほ】

防衛行為の相当性 p89～
防衛の意思 p88
法益關係的錯誤 p73、74
法益保護主義 p2、4
放火 p357

包括一罪 p183～
暴行罪 p210
幫助犯 p168～
法条競合 p182
法定的符合説 p46、47、48
方法の錯誤 p46、47
方法の不能 p121
法律主義 p3、4
法律的支配 p325
法令行為 p70
保管 p344
保護觀察 p193～
保護主義 p190
保護責任者遺棄罪 p208
補充関係 p182
補充性の要件 p101
保障人的地位 p24
没収 p192
本権説 p259、260
本犯助長性 p343

【み】

未遂 p111
——の教唆 p161
——の幫助 p172
未遂犯 p111
未成年者略取・誘拐罪 p230
身の代金目的略取・誘拐罪 p232
身の代金要求罪 p232
未必の故意 p42
身分 p177～
——なき故意ある道具 p20
身分犯 p177～

【む】

無形偽造 p368、269
無形変造 p368、369
無償譲受け p340

【め】

名誉 p244
名誉毀損罪 p244～

【も】

目的刑論 p1
目的的行為論 p6
目的なき故意ある道具 p179

【や】

やむを得ずにした行為 p89
やわらかな違法一元論 p100

【ゆ】

有印公文書偽造罪 p371
誘拐 p231
有価証券偽造罪 p381
有形偽造 p368、369
有形変造 p368、369
有償の処分のあつせん p345
有償譲受け p345

【よ】

預金による金銭の占有 p325
予備 p7、8
予備罪
——と中止 p129
——の共犯 p144

【り】

離隔犯 p120
略取・誘拐・人身売買 p230～
利用処分意思 p265、266
量的過剰 p93
領得行為説 p326
領得罪 p254
両罰規定 p6

【る】

類推解釈 p3、4

【れ】

礼拝所不敬罪 p386

【ろ】

労役場留置 p191

【わ】

わいせつ p234
——な行為 p234
わいせつ物頒布等罪 p385
賄賂罪 p408～

判例索引

- ・大判 M40.9.27 p367
- ・大判 M42.11.1 p187
- ・大判 M42.12.13 p377
- ・大判 M43.4.28 p204
- ・大判 M43.11.15 p224
- ・大判 M43.11.24 p187
- ・大判 M43.12.19 p408
- ・大判 M43.12.20 p369
- ・大判 M44.4.17 p319
- ・大判 M44.10.9 p143、178
- ・大判 M44.10.13 p326
- ・大判 M44.11.10 p292
- ・大判 M44.12.4 p314
- ・大判 M45.4.26 p262
- ・大判 M45.6.20 p212
- ・大判 T2.1.23 p367
- ・大判 T2.11.18 p153
- ・大判 T2.12.16 p326
- ・大判 T2.12.24 p355
- ・大判 T3.4.29 (百Ⅱ120) p405
- ・大判 T3.10.16 p336
- ・大判 T3.12.1 p225
- ・大判 T4.4.9 p324
- ・大判 T4.4.29 p347
- ・大判 T4.6.2 p341
- ・大判 T4.11.2 p353
- ・大判 T4.12.11 p238
- ・大判 T4.5.21 p207
- ・大判 T6.9.10 p124
- ・大判 T7.2.6 p261
- ・大判 T7.5.7 p402
- ・大判 T7.8.20 p234
- ・大判 T7.11.16 (百Ⅰ65) p120
- ・大判 T7.11.19 p262
- ・大判 T7.12.18 p25
- ・大判 T8.3.31 p402
- ・大判 T8.4.5 p261
- ・大判 T8.7.9 p377
- ・大判 T8.11.19 p324

- ・大判 T8.12.13 p201
- ・大判 S9.8.27 p205
- ・大判 T9.12.10 p411
- ・大判 T9.12.24 p376
- ・大判 T10.10.14 p333
- ・大判 T11.2.25 p137
- ・大判 T11.3.1 p165
- ・大判 T11.12.15 p288
- ・大判 T11.12.15 p308
- ・大判 T12.4.14 p340
- ・大判 T12.4.30 (百 I 15) p52、53
- ・大判 T12.7.2 p153
- ・大判 T12.11.9 p261
- ・大判 T13.4.25 p108
- ・大判 T14.6.9 (百 I 45) p107
- ・大判 T15.3.24 p244
- ・大判 T15.7.5 p247
- ・大判 S2.3.15 p312
- ・大判 S2.3.28 p213
- ・大判 S2.12.8 p418
- ・大判 S3.5.24 p355
- ・大判 S3.7.14 p369
- ・大判 T3.7.24 p125
- ・大判 S4.2.19 p368
- ・大判 S4.5.16 (百 II 45) p284
- ・大判 S4.9.17 p127
- ・大判 S4.10.15 p368
- ・大判 S5.5.17 p315
- ・大判 S5.12.12 p186
- ・大判 S7.10.10 p252
- ・大判 S7.11.24 p367
- ・大判 S7.12.10 p403
- ・大判 S8.6.5 p212
- ・大判 S8.7.8 p186
- ・大判 S8.10.18 p403
- ・大判 S9.8.4 p401
- ・大判 S9.10.19 p114
- ・大判 S10.10.24 p175
- ・大判 S11.1.29 p186
- ・大判 S12.6.25 p127

- ・大判 S12.11.9 p403
- ・大判 S13.3.11 p25
- ・大判 S13.9.1 p322
- ・大判 S14.6.6 p355
- ・大判 S15.2.5 p406
- ・大判 S19.2.8 p279
- ・大判 S19.11.24 p271
- ・最判 S22.11.26 p273
- ・最判 S23.3.9 p283
- ・最判 S23.4.17 p114
- ・最判 S23.5.6 p347
- ・最判 S23.6.5 (百Ⅱ63) p321、322
- ・最判 S23.10.23 p165
- ・最判 S23.10.23 p411
- ・最判 S23.12.24 p273
- ・最判 S24.2.8 p270
- ・最判 S24.2.8、p315
- ・最判 S24.2.15 p258、272
- ・最判 S24.2.22 p355
- ・最判 S24.3.8 (百Ⅱ66) p326
- ・最判 S24.4.14 p369
- ・最判 S24.4.5 p97
- ・最判 S24.5.28 p283
- ・最判 S24.7.9 p280
- ・最判 S24.7.12 p229
- ・最判 S24.7.30 p347
- ・最判 S24.8.9 (百Ⅱ117) p398
- ・最判 S24.10.1 p168
- ・最判 S24.10.20 (百Ⅱ77) p341
- ・東京高判 S24.12.10 p114
- ・最判 S24.12.17 p155
- ・最大判 S24.12.21 p185
- ・最判 S25.5.25 (百Ⅱ81) p357
- ・最判 S25.6.6 p261
- ・最判 S25.7.4 (百Ⅱ46) p305
- ・最判 S25.7.11 (百Ⅰ91) p162
- ・名古屋高判 S25.11.14 p114
- ・最判 S25.12.12 p266、267
- ・最判 S26.1.30 p345
- ・最判 S26.3.27 p136

- ・最判 S26.5.11 p369
- ・最判 S26.5.25 (百 II 64) p321
- ・最判 S26.8.17 (百 I 44) p107
- ・最判 S26.9.20 p215
- ・最決 S27.2.21 p13
- ・最決 S27.2.21 p205
- ・最判 S27.6.6 p212
- ・最決 S27.7.10 p343、344
- ・最判 S27.10.17 p327
- ・最判 S27.12.25 p292
- ・最判 S27.12.25 p374
- ・最判 S27.12.25 p390
- ・最判 S28.1.30 p251
- ・高松高判 S28.1.31 p114
- ・最決 S28.2.19 p283
- ・最判 S28.5.2 p353
- ・最決 S28.10.19 p401
- ・最判 S28.10.27 p412
- ・最判 S28.11.27 p225、229
- ・最大判 S29.1.20 (百 I 72) p129、277
- ・最決 S29.5.6 p115
- ・最決 S29.5.27 (百 I 106) p186
- ・最判 S29.8.20 p211
- ・最判 S30.4.8 (百 II 57) p290
- ・名古屋高判 S30.5.4 p273
- ・最決 S30.7.7 (百 II 53) p975、302
- ・最判 S30.10.14 (百 II 61) p318
- ・最判 S31.5.24 p143、178
- ・最決 S31.7.12 p420
- ・東京高判 S31.8.9 p327
- ・最決 S31.8.22 p239
- ・最判 S31.10.25 p238
- ・東京高判 S31.12.5 p302
- ・最判 S31.12.7 (百 II 70) p335
- ・最判 S32.2.26 (百 I 50) p136、212
- ・名古屋高判 S32.3.4 p273
- ・最大判 S32.3.13 (百 I 47) p45
- ・最決 S32.4.23 p212
- ・最決 S32.4.30 p405
- ・大阪高判 S32.7.22 p392

- ・最判 S32.8.1 p282
- ・最判 S32.9.13 (百 II 39) p276
- ・最判 S32.10.4 (百 II 92) p179、374
- ・最判 S32.10.18 (百 I 49) p109
- ・最判 S32.11.19 (百 I 94) p330
- ・最決 S32.12.5 p420
- ・最決 S33.3.19 p228
- ・最大判 S33.5.28 (百 I 75) p131、132、133、134
- ・東京高判 S33.7.7 p302
- ・最判 S33.9.9 (百 I 5) p25
- ・最判 S33.9.30 p394
- ・最大判 S33.10.15 p187
- ・最判 S33.11.21 (百 II 1) p74
- ・最判 S34.5.7 (百 II 19) p245
- ・最判 S34.7.24 p208
- ・最決 S34.8.27 p393
- ・最決 S34.9.28 (百 II 48) p289
- ・最判 S35.3.18 (百 I 11) p224
- ・最判 S35.6.24 p395
- ・最判 S35.8.30 p276
- ・最決 S35.10.18 p125
- ・最決 S36.8.17 (百 II 118) p400
- ・最判 S36.10.10 p323
- ・最決 S37.3.23 (百 I 66) p124
- ・最決 S37.11.8 (百 I 80) p144
- ・最判 S38.11.8 p347、348
- ・最決 S39.1.28 (百 II 3) p211
- ・大阪高判 S39.10.5 p252
- ・最決 S39.12.8 p418
- ・最決 S40.2.26 p400
- ・最決 S40.3.9 p115
- ・最判 S41.3.24 (百 II 115) p394
- ・最判 S40.3.26 (百 I 3) p6
- ・最判 S41.4.8 (百 II 29) p262、264
- ・最決 S41.4.14 (百 II 113) p392
- ・最判 S42.3.7 (百 I 93) p178
- ・最判 S42.5.24 (百 II 112) p392
- ・東京高判 S42.6.20 p273
- ・最判 S42.10.13 (百 I 54) p64
- ・最決 S42.10.24 (百 I 9) p40

- ・最決 S43.1.18 p246
- ・最決 S43.5.23 p319
- ・最決 S43.9.17 p229
- ・最決 S43.10.15 p421
- ・最決 S43.10.24 p308
- ・広島地判 S43.12.24 p276
- ・最判 S44.6.25 (百 II 21) p246
- ・最決 S44.7.17 (百 I 86) p175
- ・大阪高判 S44.8.7 (百 II 54) p310
- ・最判 S44.12.4 p89
- ・最判 S45.1.29 p235
- ・最判 S45.3.26 (百 II 56) p306
- ・最決 S45.7.28 (百 I 62) p115
- ・最決 S45.9.4 (百 II 93) p376
- ・東京高判 S45.9.8 p115
- ・京都地判 S45.10.12 (百 II 10) p228
- ・最大判 S45.10.21 p322
- ・最決 S45.12.3 (百 II 7) p218
- ・最決 S45.12.22 p273
- ・最判 S46.6.17 p33
- ・大阪高判 S47.8.4 p273
- ・福岡高判 S47.11.22 (百 II 65) p320
- ・最判 S50.4.24 (百 II 104) p409
- ・最決 S50.6.12 (百 II 76) p344
- ・最判 S50.11.28 (百 I 24) p89
- ・東京地判 S50.12.26 p252
- ・札幌高判 S51.3.18 (百 I 51) p61
- ・最決 S51.4.1 (百 II 47) p305
- ・最判 S51.4.30 (百 II 88) p369
- ・最判 S51.5.6 (百 II 91) p373
- ・最大判 S51.9.22 (百 I 105) p185
- ・松江地判 S51.11.2 p153
- ・最決 S52.7.21 p81
- ・最決 S53.2.16 p186
- ・最決 S53.3.22 (百 I 14) p41
- ・東京高判 S53.3.22 p366
- ・最判 S53.3.24 (百 I 34) p103
- ・福岡高判 S53.4.24 p325
- ・最判 S53.6.29 p390
- ・最判 S53.7.28 (百 I 42) p47、48、51

- ・最決 S54.3.27 p58
- ・最決 S54.4.13 (百Ⅱ92) p149
- ・最決 S54.11.19 p278
- ・東京高例 S55.10.7 p229
- ・最決 S55.10.30 (百Ⅱ32) p265
- ・最決 S55.11.13 (百Ⅰ22) p73、229
- ・最決 S56.4.8 (百Ⅱ97) p380
- ・最判 S57.2.17 (百Ⅰ107) p186
- ・東京高決 S57.6.28 p318
- ・旭川地判 S57.9.29 p400
- ・最決 S57.11.29 p232
- ・最決 S58.3.25 (百Ⅱ109) p416
- ・仙台地判 S58.3.28 p357
- ・最判 S58.4.8 (百Ⅱ16) p239、241
- ・最決 S58.5.24 (百Ⅱ72) p336
- ・東京高判 S58.6.20 p357
- ・最決 S58.6.23 p218
- ・横浜地判 S58.7.20 p115
- ・最決 S58.9.13 p103
- ・最決 S58.9.21 (百Ⅰ74) p13
- ・最決 S58.9.27 p232
- ・最決 S58.11.1 (百Ⅱ22) p247
- ・最判 S59.2.17 (百Ⅱ94) p370、377
- ・最決 S59.3.23 p252
- ・最決 S59.5.30 (百Ⅱ106) p414
- ・東京地判 S59.6.28 (百Ⅱ33) p257
- ・最判 S59.7.3 103
- ・大阪高判 S59.11.28 p275
- ・最決 S60.7.3 p400
- ・最決 S61.6.9 (百Ⅰ43) p58
- ・最決 S61.6.27 (百Ⅱ108) p417
- ・最判 S61.7.18 (百Ⅱ78) p349
- ・最決 S61.11.18 (百Ⅱ40) p271、272
- ・最決 S62.3.24 (百Ⅱ13) p232
- ・最決 S62.3.26 (百Ⅰ29) p98
- ・最決 S62.7.16 (百Ⅰ48) p108
- ・最決 S63.1.19 p209
- ・最決 S63.7.18 p408
- ・東京高判 H 元.2.27 p275
- ・大阪高判 H 元.3.3 p271

- ・最決 H 元.3.10 (百 II 114) p391
- ・最決 H 元.3.14 (百 I 52) p62
- ・最決 H 元.5.1 (百 II 122) p398、399
- ・最決 H 元 6.26 (百 I 96) p155
- ・最決 H 元.7.7 (百 II 26) p258
- ・最決 H 元.7.7 (百 II 82) p356
- ・最決 H 元.7.14 (百 II 83) p355
- ・最判 H 元.7.18 (百 I 46) p108
- ・最判 H 元.11.13 (百 I 25) p90
- ・最決 H 元 12.15 (百 I 4) p27
- ・最決 H2.2.9 (百 I 40) p45
- ・東京高判 H2.2.21 (百 I 88) p168
- ・最決 H2.11.20 (百 I 10) p31、34
- ・最決 H4.6.5 (百 I 90) p145
- ・東京地判 H4.6.19 p232
- ・最決 H4.11.27 p252
- ・最決 H4.12.17 (百 I 12) p37
- ・最決 H5.10.5 (百 II 95) p379
- ・名古屋地判 H6.1.18 p212
- ・最決 H6.3.4 p282
- ・最決 H6.7.19 p268
- ・千葉地判 H6.8.8 p283
- ・最決 H6.11.29 (百 II 89) p376
- ・最判 H6.12.6 (百 I 98) p155、156
- ・最大判 H7.2.22 (百 II 107) p408
- ・千葉地判 H7.6.2 p402
- ・東京高判 H7.9.26 p225
- ・東京地判 H7.10.9 p281
- ・大阪高判 H7.11.9 p14
- ・千葉地裁 H7.12.13 (百 I 59) p76
- ・最決 H8.2.6 p336
- ・広島高岡山支判 H8.5.22 p370
- ・東京地判 H8.6.26 p101
- ・最判 H8.11.18 (百 I 1) p3
- ・最判 H9.6.16 p83、93
- ・最決 H9.10.21 (百 II 84) p354
- ・最決 H10.11.25 (百 II 73) p337
- ・最決 H11.12.9 (百 II 36) p269
- ・最判 H11.12.20 p378
- ・最決 H12.2.17 (百 II 23) p249、250

- ・最決 H12.3.27 p292、293
- ・最決 H12.12.20 (百 I 53) p62
- ・富山地判 H13.4.19 p212
- ・最判 H13.7.19 (百 II 49) p290
- ・最決 H13.10.25 p14
- ・最決 H13.11.5 (百 II 67) p327
- ・最決 H14.7.1 (百 II 75) p346
- ・名古屋高判 H14.8.29 p155
- ・大阪高判 H14.9.4 (百 I 28) p86、87
- ・最決 H14.9.30 (百 II 24) p249、251
- ・最決 H14.10.21 p258、292、293
- ・最決 H15.2.8 (百 II 74) p338
- ・最判 H15.3.11 p248
- ・最決 H15.3.12 (百 II 52) p298
- ・最決 H15.4.14 (百 II 85) p358、359
- ・最大判 H15.4.23 (百 II 69) p184、329
- ・最決 H15.5.1 (百 I 76) p132
- ・最決 H15.7.16 (百 I 13) p35、36
- ・最決 H15.10.6 (百 II 96) p371、379
- ・最決 H15.12.9 p304
- ・最決 H15.12.18 p372
- ・最決 H16.1.20 (百 I 73) p14、74、205
- ・最決 H16.2.17 p35
- ・最決 H16.3.22 (百 I 64) p114、117、119
- ・最決 H16.8.25 (百 II 28) p260
- ・最決 H16.10.19 p35、37
- ・最決 H16.11.30 (百 II 31) p266、369
- ・東京高判 H16.12.1 p211
- ・最判 H16.12.10 (百 II 43) p279
- ・最決 H17.3.11 (百 II 105) p412
- ・最決 H17.3.29 (百 II 5) p211、212
- ・大阪高判 H17.3.29 p288、308
- ・最判 H17.4.14 (百 I 103) p229
- ・神戸地判 H17.4.26 p275
- ・最決 H17.7.4 (百 I 6) p24
- ・札幌高判 H17.8.18 (百 II 124) p398
- ・最決 H17.12.6 (百 II 12) p231
- ・最決 H18.1.17 (百 II 80) p351
- ・最決 H18.1.23 (H18 重判 10) p414
- ・最決 H18.2.14 (百 II 59) p311

- ・最決 H18.3.14 p221
- ・最決 H18.3.27 (百 I 11) p38、39
- ・最決 H18.8.30 p267
- ・最決 H18.11.21 (百 I 83) p159、160
- ・最決 H19.3.20 (百 II 79) p350
- ・最決 H19.3.26 (H19 重判 2) p64
- ・最決 H19.7.2 (百 II 18) p241、242、251
- ・最決 H19.7.17 (H19 重判 9) p294
- ・最決 H20.1.22 (百 II 15) p238
- ・最決 H20.2.18 (百 II 35) p333
- ・東京高判 H20.3.19 (百 II 42) p271
- ・最判 H20.4.11 (H20 重判 8) p240
- ・最判 H20.3.4 (H20 重判 5) p116
- ・最決 H20.5.20 (百 I 26) p79
- ・最決 H20.6.25 (百 I 27) p93、94
- ・最決 H21.2.24 (H21 重判 2) p94
- ・最決 H21.3.16 (H21 重判 8) p411
- ・最決 H21.6.30 (百 I 97) p154
- ・最決 H21.7.13 (H21 重判 4) p242
- ・最判 H21.7.16 (H21 重判 1) p90
- ・東京高判 H21.11.16 (百 II 41) p276
- ・最判 H21.11.30 (百 II 17) p241
- ・最決 H21.12.8 (百 I 35) p103
- ・最決 H22.3.17 (百 I 102) p184
- ・最判 H22.5.31 (H23 重判 1) p219
- ・最決 H22.7.29 (百 II 50) p295
- ・東京地判 H22.9.6 (H23 重判 6) p371
- ・最決 H22.9.7 (H22 重判 12) p415
- ・最決 H23.12.19 (百 I 89) p170
- ・最決 H24.1.30 (百 II 4) p212
- ・東京地判 H24.6.25 p310
- ・最決 H24.10.15 (百 II 103) p410
- ・最決 H24.11.6 (百 I 81) p138、139
- ・最決 H25.4.15 (百 I 84) p168
- ・最決 H26.3.17 (百 I 101) p184
- ・最判 H26.3.28 (百 II 51) p297
- ・最決 H28.3.24 (百 II 6) p214、215、217
- ・最決 H28.7.12 (百 I 79) p135
- ・大阪高判 H28.7.13 p312
- ・最決 H29.3.27 (百 II 123) p399

- ・最決 H29.4.26 (百 I 23) p81、82
- ・最決 H29.6.12 (百 I 57) p61
- ・最大判 H29.11.29 (H29 重判 3) p234, 235
- ・最判 H29.12.11 (百 I 82) p141
- ・最判 H30.3.19 (百 II 9) p208、209
- ・最判 H30.3.22 (百 I 63) p113、118
- ・最決 R2.9.30 (R2 重判 4) p214、217
- ・最決 R3.6.9 p400

(参考文献)

- ・「刑法総論」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「刑法各論」第2版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「CRIMINAL LAW 刑法」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「新判例から見た刑法」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「基本刑法Ⅰ 総論」第3版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)
→ 第2版を参照している箇所では「基本刑法第2版〇頁」と表記
- ・「基本刑法Ⅱ 各論」第2版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)
- ・「刑法総論」第3版(著:高橋則夫-成文堂)
- ・「刑法各論」第4版(著:高橋則夫-成文堂)
- ・「刑法総論」第3版(著:西田典之-法律学講座双書)
- ・「刑法各論」第7版(著:西田典之-法律学講座双書)
- ・「刑法総論講義」第6版(著:前田雅英-東京大学出版会)
- ・「刑法各論講義」第6版(著:前田雅英-東京大学出版会)
- ・「講義刑法学・総論」初版(著:井田良-有斐閣)
- ・「刑法総論講義案」三訂補訂版(司法協会)
- ・「刑法総論の考え方・楽しみ方」初版(著:佐伯仁志-有斐閣)
- ・「刑法と民法の対話」初版(著:佐伯仁志・道垣内弘人-有斐閣)
- ・「罪数論の研究」補訂版(著:只木誠-成文堂)
- ・「刑法判例百選Ⅰ 総論」第8版(有斐閣)
- ・「刑法判例百選Ⅱ 各論」第8版(有斐閣)
- ・「最新重要判例250刑法」第11版(著:前田雅英-弘文堂)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和2年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2021(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)