

重要判例&採点実感準拠

# 理解が 伝わる

論 証 講 義

刑法編

■担当講師■

令和3年予備試験合格  
令和4年司法試験合格

清武宗一郎

辰巳法律研究所



# 刑法論証集

## 目次

はじめに .....	9
☆論述方法 .....	9
一問題提起 .....	9
一論述の緩急 .....	9
☆問の形式に関する注意 .....	9
一誰々に対する罪責について論じなさい .....	9
一ある結論を導く理論構成とその難点 .....	10
一ある結論を導く具体的事実と簡潔な理由(新 R2) .....	10
一異なる 2 つの立場に言及し自説を示せ .....	10
☆本論証集の表記の説明 .....	11
・ 出題実績 .....	11
・ 採点実感等の引用 .....	11
総論 .....	12
実行行為 .....	12
☆違法性の本質 .....	12
・ 実行の着手 .....	12
一予備と未遂との区別(予 H29、新 R5) .....	12
一不能と未遂との区別(予 H25、H29、新 H30) .....	14
一早すぎた結果の実現(旧 H10、H19、新 H25、R2) .....	15
・ 不作為犯 .....	17
一成立要件(予 R3、旧 H8、H13、H16、H22、新 H22、H26、H30) .....	17
一他人の実行行為の放置(予 R3、旧 H9、H13、新 H26) .....	19
・ 間接正犯 .....	20

一 成立要件(予 H29、旧 H17、H18、新 H21、H25).....	20
一 被利用者の知情(新 H21、H25) .....	22
因果関係 .....	25
・ 危険の現実化説 .....	25
主観的構成要件要素 .....	27
☆ 故意の認識対象 .....	27
☆ 過失論.....	27
・ 故意の認定 .....	27
・ 過失の認定(新 H22) .....	29
・ 具体的事実の錯誤(予 H24、旧 H14、新 H21、H30、R1).....	29
・ 因果関係の錯誤(予 H23、R1、R5、旧 H15、H19、新 H21、R2).....	31
・ 抽象的事実の錯誤(予 H23、H28、旧 H10、H11、H17、新 R3).....	31
一 認識した罪以下の罪が実現した場合 .....	31
一 認識した罪より重い罪を実現した場合 .....	32
違法性阻却事由.....	34
・ 正当防衛 .....	34
一 成立要件(旧 H6、H14、新 H18、H23、H29、R4) .....	34
一 自招侵害(予 H26、新 H23) .....	37
・ 量的過剰防衛の成立要件(予 R2、旧 H9、新 H18、H23).....	37
・ 緊急避難の成立要件(旧 S58、H14) .....	39
一 成立要件.....	39
一 自招危難(旧 S58、新 R4) .....	40
・ 過剰避難の成立要件—補充性の要否 .....	41
・ 被害者の同意 .....	42
一 要件(旧 H2、予 H24).....	42
一 違法性阻却の否定(予 H24) .....	43
責任阻却事由.....	44
・ 誤想防衛 .....	44

— 成立要件(予 R2、旧 S58、新 H27、H29、R4) .....	44
— 誤想防衛の一種(新 R1) .....	45
• 誤想過剰防衛(予 R2、旧 H6、H9、新 H27) .....	47
• 責任能力 .....	47
— 心神喪失及び心神耗弱 .....	47
— 原因において自由な行為(旧 H13) .....	48
共犯 .....	50
☆ 答案構成の注意 .....	50
• 共同正犯の成立要件 .....	50
— 共謀の成否(旧 H18、H20、新 H29、R1、R3) .....	51
— 共謀の射程(予 H25、H30、旧 H11、H12、新 H27、R3、R5) .....	52
— 共同正犯の錯誤 .....	53
— 共犯関係の解消(予 H24、旧 H7、H19、新 H19、H28、R3) .....	54
— 因果関係・結果(・故意) .....	55
• 共同正犯の論点 .....	56
— 量的過剰防衛(旧 H9、H21、新 H23) .....	56
— 承継的共同正犯 .....	57
— 結果的加重犯(新 H28) .....	58
— 過失犯の共同正犯(新 H22) .....	59
— 予備罪の共同正犯(旧 H7、新 H28) .....	60
— 身分犯の共同正犯(予 H27、旧 H10、H17、新 H24、R1) .....	60
— 違法の相対性(予 H28、旧 H14、新 H29) .....	61
• 教唆犯の成立要件(旧 H17) .....	62
• 幫助犯の成立要件(予 R3、旧 H7、H17、H22) .....	64
中止犯 .....	66
• 中止犯の成立要件(予 H28、旧 H16) .....	66
— 中止行為 .....	66
— 因果関係 .....	67

— 任意性 .....	68
・ 予備の中止 .....	69
各論 .....	70
公務の執行を妨害する罪 .....	70
・ 公務執行妨害罪の成立要件 .....	70
— 「公務員」 .....	70
— 「暴行」「脅迫」 .....	70
— 「職務を執行するに当たり」 .....	71
犯人蔵匿及び証拠隠滅の罪 .....	73
・ 犯人隠避罪の成立要件(予 H29).....	73
— 「罪を犯した者」 .....	73
— 「隠避」 .....	73
・ 証拠隠滅罪の成立要件(予 H29).....	75
— 「証拠」「隠滅」 .....	75
— 「他人の刑事事件」 .....	75
放火の罪 .....	77
☆各構成要件の解釈 .....	77
・ 現住建造物放火罪の成立要件(予 H28、旧 H22) .....	77
— 焼損 .....	77
— 現住建造物等 .....	79
・ 放火罪における「公共の危険」(新 H25、予 R3).....	81
— 非限定説(判例).....	81
— 限定説 .....	82
— 認識不要説(判例) .....	83
— 認識必要説(通説) .....	83
住居を侵す罪 .....	85
☆各構成要件の解釈 .....	85
文書偽造の罪 .....	87

☆問題となる局面 .....	87
☆各構成要件の解釈 .....	87
・ 文書性.....	88
— 無印文書 .....	88
— コピー(旧 H12) .....	88
・ 私文書偽造罪の成立要件(旧 H12、H15、H18、H21、予 R1、R2、新 H24) .....	89
・ 虚偽公文書作成罪の間接正犯の成否 .....	91
汚職の罪 .....	92
☆贈収賄罪の各構成要件の解釈(予 H27) .....	92
・ 贈収賄罪の成立要件.....	92
・ 抽象的職務権限の変更.....	93
殺人の罪 .....	95
☆各構成要件の解釈 .....	95
・ 自殺関与罪の成立要件(口 H29).....	95
傷害の罪 .....	97
☆暴行・傷害罪の構成要件の解釈 .....	97
・ 同時傷害の特例(新 H18、R3) .....	97
— 適用要件 .....	97
— 傷害致死罪への適否 .....	98
— 共謀の不存在の要否 .....	99
過失傷害の罪 .....	100
☆業務上過失致死罪の構成要件の解釈(予 H29).....	100
☆重過失致死傷罪の構成要件の解釈 .....	100
遺棄の罪 .....	101
☆性質・保護法益 .....	101
☆各構成要件の解釈 .....	101
・ 保護責任者遺棄罪の成立要件(旧 H11、H20、新 H22、H30) .....	102

・保護責任者遺棄罪と不作為による殺人罪との区別(新 H30) .....	102
逮捕及び監禁の罪.....	104
☆被害者の同意(新 H25) .....	104
☆逮捕監禁致死傷罪の原因行為(新 H25) .....	104
・逮捕監禁罪の成立要件(新 H21、H25、旧 H2、予 R5).....	104
脅迫の罪 .....	106
☆保護法益 .....	106
☆脅迫・強要罪の構成要件の解釈(刑法 222 条・223 条) .....	106
略取、誘拐及び人身売買の罪.....	107
☆営利目的等略取誘拐罪の注意点(刑法 225 条).....	107
☆各構成要件の解釈.....	107
・親権者による拐取(新 H26).....	107
名誉に対する罪.....	109
・名誉毀損罪の成立要件(新 H30).....	109
・刑法 230 条の 2 第 1 項の要件 .....	109
・真実性の誤信による故意阻却 .....	110
信用及び業務に対する罪 .....	112
☆各構成要件の解釈.....	112
・違法な業務の要保護性.....	113
・公務の要保護性(旧 H19、新 H21、R5).....	113
窃盗及び強盗の罪.....	115
☆財物犯の分類 .....	115
☆罪責の認定の注意点.....	115
☆不動産侵奪罪の構成要件の解釈(刑法 235 条の 2) .....	115
・窃盗罪の成立要件 .....	115
一被害者の占有の有無(旧 S61、H20、新 H27、R3、予 R3) .....	116
一占有移転の有無と既遂時期.....	116
一不法領得の意思(旧 S61、H19、新 H27、予 R5) .....	117



・死者の占有(新 H29、予 R5) .....	119
・親族相盗例 .....	120
一親族関係の範囲(旧 H20) .....	120
一親族関係の錯誤(旧 H20) .....	121
・1項強盗罪 .....	121
一実行行為 .....	121
一反抗抑圧の要否 .....	122
一暴行脅迫後の領得意思(旧 H2、H6) .....	123
・昏睡強盗罪(新 R2) .....	123
一実行行為 .....	124
一強盗致傷罪との区別 .....	124
・事後強盗罪 .....	124
一成立要件(旧 H17) .....	124
一窃盗後の共犯の成否(新 R1) .....	125
・強盗利得罪 .....	127
一成立要件(予 H26、H30、旧 S62、H6、新 H28、R2) .....	127
一先行する占有移転罪との罪数関係(予 H26、旧 H6、H13) .....	128
・強盗致死傷罪 .....	129
一原因行為の範囲(新 H20) .....	129
一原因行為の主観的様態 .....	130
一故意犯包含説(予 H26、旧 S62、H12、H13) .....	131
詐欺の罪 .....	132
・詐欺罪 .....	132
一成立要件 .....	132
一誤振込み(新 R2) .....	135
一不法原因給付物(予 H26、旧 S62、H10、H17、H20) .....	137
・背任罪の成立要件(新 H24) .....	138
一事務処理者 .....	138

一 凶利加害意図 .....	139
一 背任行為 .....	139
一 財産上の損害 .....	139
・ 恐喝罪 .....	140
一 成立要件(新 H19) .....	140
一 権利行使と恐喝(新 H19、R2) .....	141
一 欺罔と恐喝の併用(新 H19、R2) .....	142
横領の罪 .....	143
☆ 客体適格の問題 .....	143
☆ 法律上の占有 .....	143
・ 委託物横領罪 .....	144
一 背任罪との関係(予 H27、H30、旧 H18、新 H24) .....	144
一 成立要件 .....	144
一 不法原因給付物 .....	147
一 不法な委託(予 H26、旧 H10、H14、新 H29) .....	147
・ 二重売買第 2 譲受人の共同正犯の成否(旧 H16) .....	148
・ 遺失物等横領罪の成立要件 .....	149
盗品等に関する罪 .....	151
☆ 保護法益 .....	151
☆ 構成要件の解釈 .....	151
・ 盗品等関与罪 .....	152
一 成立要件 .....	152
一 親族間の犯罪に関する特例の適用範囲(旧 H10) .....	154
毀棄及び隠匿の罪 .....	156
☆ 検討順序 .....	156
☆ 建造物等損壊罪の構成要件の解釈(刑法 260 条) .....	156
☆ 器物損壊罪の構成要件の解釈(刑法 261 条) .....	156

# 因果関係

## ・危険の現実化説

甲の本件行為と結果との間に因果関係が認められるか。

刑法上の因果関係は結果を行為に客観的に帰責できるか否かの判断基準だから、その存否は、条件関係の存在を前提に、全事情を判断の基礎として、実行行為に内在する危険が結果へと現実化したと認められるか否かによって判断する。

→「因果関係は客観的な帰責範囲を画する基準だから、全事情を踏まえ、行為の危険が結果へと現実化したか否かにより判断する」。

### ※各類型の論じ方

まず、因果関係を認めるために障害となっていると考えられる事情が、①実行行為時に存在するもの(特殊事情)か、②実行行為後に介在したもの(介在事情)か、区別する必要がある(②における判例の位置づけは、百選 I 10 解説 3 等参照)。

#### ・①の場合

実行行為の中には、客観的に見て当該事情から結果が生じる危険が含まれており、それが現実化したに過ぎないといえる(「重篤な心臓疾患」；最一判 S46.6.17 = 百選 I 8)。

#### ・②の場合

まず、実行行為の危険性が大きいため結果発生の主たる原因となっており、逆に介在事情の結果発生への寄与度は大きくないといえる場合、実行行為の危険が介在事情に関わらず順調に結果へと現実化したといえる(大阪南港事件 = 最三決 H2.11.20 = 百選 I 10、被害者による医師の指示違反 = 最決 H16.2.17)。

また、仮に介在事情の寄与度が大きくとも、実行行為により当該介在事情が「誘発」された場合(ダイビング中の被害者による不適切な行動；最一決 H4.12.17＝百選 I 12、被害者による高速道路への侵入；最二決 H15.7.16＝百選 I 13)や、実行行為により典型的に危険な状況が生じ、当該介在事情によりその危険性が具体化した場合(トランクへの監禁；最一決 H18.3.27＝百選 I 11)には、実行行為の危険が間接的に実現したといえる。

一方、介在事情の危険性が大きく、(その異常性も大きいため)実行行為により当該介在事情が発生したともいえない場合(米兵轢き逃げ事件＝最三決 S42.10.24＝百選 I 9)には、実行行為の危険が結果へと現実化したとはいえない。

#### **参考文献**

- ・大塚裕史他『基本刑法 I 総論 (第 3 版)』第 5 講 (日本評論社、2019)。

# 主観的構成要件要素

## ☆故意の認識対象

刑法 38 条 1 項本文の「罪を犯す意思」すなわち故意は、何を認識対象とするのか。通説・実務は、客観的構成要件該当事実と違法性阻却事由不存在の事実との双方を認識対象とすると解する。なお、ここでいう客観的構成要件要素には、身分や行為状況も含まれるので、注意されたい。

### ※故意の体系的位置づけ

本論証集は、通説・実務と同様に、故意を構成要件の故意と責任故意の 2 段階に分けて検討する見解を採用する。

## ☆過失論

過失＝注意義務違反をどこでどう判断するかの問題である。

- ・旧過失論：過失を予見義務違反と解し、責任要素とする。
- ・新過失論：過失を結果回避義務違反と解し、構成要件要素とする。
- ・修正旧過失論：予見可能性を具体的かつ限定的に判断し、「実質的で許されない危険」を過失犯の実行行為とする。

### ・故意の認定

故意とは、犯罪結果惹起を認識・認容することをいう。本件では、結果惹起を確定的なものとして認容する確定的故意は認められず、特に未必の故意の有無が問題となる。

ア 故意は行為者の主観的な認識だから、自白による以外は、客観的な情況証拠の積み重ねにより推認するしかない。

具体的には、①創傷の部位や程度、②凶器の種類やその用法、③犯行後の行動などの諸事情から総合考慮して判断すべきである。

#### ※不確定的故意の種類

概括的故意とは、一定範囲のどれかに結果が発生することは確実であるが、客体やその個数が不特定である場合をいう。

択一的故意とは、複数の客体のうち一方に結果が生じることは確実であるが、いずれに発生するかが不確定なものと認識している場合をいう。

未必の故意とは、結果の発生が不確実であると認識しているが、仮に結果が発生しても構わないと思った場合をいう。

条件付故意とは、犯行の遂行や結果実現を条件の発生にかからせる場合をいう。

#### ※※故意の相場

例えば、新 H20 における以下の事例では、故意の認定をした答案は低く評価されている(同採実 2)。

##### →事例

28 歳男性の乙は、甲と強盗を画策したが、直接実行には加わらなかった。乙が犯行の様子を見に現場に向かったところ、70 歳男性の B が「どろぼう。」と叫びながら現場から逃げ出しているのを目撃した。警察への通報を恐れた乙は、B に駆け寄ってその口をふさいだが、B に手をかみつかれて抵抗された。そのため、乙は顔面を力いっぱい殴打したところ、これにより B は倒れてブロック塀の角に後頭部を強打し、頭蓋骨を骨折した(死因)。その後、B はまだ声を出しながら逃げようとしたため、乙は B の背部・腹部を複数回蹴って黙らせた。