

司法書士



合格基本選書

8

刑法



 東京法経学院

〔R〕〈日本複写権センター委託出版物〉

本書（誌）を無断で複写複製（コピー）することは、著作権法上での例外を除き、禁じられています。本書（誌）をコピーされる場合は、事前に日本複写権センター（JRRC）の許諾を受けてください。

JRRC 〈<http://www.jrcc.or.jp> eメール：info@jrcc.or.jp 電話：03-3401-2382〉

はしがき

本書は、刑法を理解し、司法書士試験の短期合格を目指す受験生のために書かれた刑法の基本書であり、次に述べるような特長がある。

①初学者、独学者にも理解できるように書かれていること

今までの司法書士試験の基本書は、予備校の講義を受けることを前提に書かれていたり、記載が不親切であったり、初めて学習する者がそれだけで理解できるようなものではなかった。逆に、わかりやすく書かれているものは入門的なもので、到底司法書士試験の難関に立ち向かえるだけのレベルには達していないものばかりであった。

本書では、司法書士試験に合格できるレベルを保ちながらも初学者の方が難解といわれる刑法を理解できるように噛み砕いて説明した。わかりにくいところには、《解説》のコーナーを設けた。

また、刑法の学習で重要なのは、その理論を事例にあてはめたくて結論を出すことができることである。そこで、本書では、[例題]として、事例をできる限り盛り込み、その思考方法が身につけられるように工夫した。[例題]では立ち止まって考えてみてほしい。

②刑法の本質論（基本）から説明がされていること

刑法の学習では、基本となる理論を理解することが重要である。その理論をもとにして、条文・判例の知識を積み重ねていく必要がある。

そこで、本書では、初めに「刑法入門編」を設け、その全体像を分かるようにした。全体像を理解したうえで、個々の知識をその体系の中に位置付けていくことが重要である。また、個々の説明についても、刑法の本質にさかのぼり、そこからすべての説明を有機的に関連づけ、説明を一貫させた。これにより、自然と刑法の考え方が身につく、知識の一つひとつがつながりあるものとして理解できるので、理解しやすく、忘れにくくなるだろう。

③司法書士試験のために必要十分な情報量が提供されていること

いくらわかりやすく書かれていても、合格レベルに達していないのでは意味がない。また、情報が多すぎると短期合格のためにはかえって害になるだ

ろう。本書では、司法書士試験に合格するために必要十分な情報量が提供されている。合格への最短距離を示したものであり、安心して使ってほしい。

なお、刑法各論の分野では、今まで未出題の犯罪からの出題も目立つので、出題可能性のある犯罪については、できる限り採りあげ説明を加えた。刑法はいわゆるマイナー科目であり、基本書を何冊も用意するのは困難であり、本書に必要な情報を集約しようとした意図もある。答練や問題集で学習を進める場合において、本書は辞書としても機能するであろう。

刑法の学習はおもしろい。パズルを解いているような楽しさがある。また、司法書士試験で出題される他の法律とは関連性も少なく、毛色が異なる科目でもある。したがって、刑法の学習は、司法書士の学習における気分転換となる。他の科目で行き詰ったときの一滴の清涼飲料水となるはずである。他の科目の気分転換として楽しみながら学習してほしい。効率的な学習ができるはずである。ただし、あまり深入りしてはいけない。あくまでも、重要なのは民法や不動産登記法などであり、刑法はそれらの学習の気分転換のつもりで学習することがポイントである。

最後になるが、本書は、司法書士試験の刑法において、必要となるものがすべて提供されている。刑法に関しては、これ一冊で十分といえる。あとは、過去問集で知識をブラッシュアップしていけばよい。

司法書士試験は難関であり、受験生はそれぞれの思いで挑戦していると思う。非力ではあるが、そのような受験生の一助になればとの思いで本書を執筆した。本書を利用して、短期合格を勝ち取っていただきたい。健闘を祈る。

東京法経学院 編集部

目 次

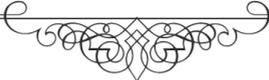
刑法入門編	1
第1編 刑法総論編	17
第1章 刑法基礎理論	19
第1節 罪刑法定主義	19
第2節 刑法の適用範囲	25
第2章 構成要件	35
第1節 行為の主体・客体	35
第2節 実行行為	36
第3節 因果関係	44
第4節 構成要件の故意	54
第5節 過失	65
第3章 違法性	71
第1節 違法性総説	71
第2節 正当防衛と緊急避難	73
第3節 被害者の承諾	87
第4節 その他の違法性阻却事由	93
第4章 責任	95
第5章 未遂犯	101
第6章 共犯	111
第1節 共犯総論	111
第2節 共同正犯	112
第3節 教唆犯・従犯	122
第4節 共犯と身分	137
第7章 罪数	143
第8章 刑罰論	155
第2編 刑法各論編	173
第1章 個人的法益に対する罪①～生命・身体に対する罪～	175
第1節 総説	175

第2節	殺人の罪	177
第3節	傷害の罪	183
第4節	過失傷害の罪	191
第5節	墮胎の罪	195
第6節	遺棄の罪	198
第2章	個人的法益に対する罪②～自由に対する罪～	201
第1節	脅迫の罪	201
第2節	逮捕及び監禁の罪	205
第3節	略取及び誘拐の罪	210
第4節	性的自由に対する罪	213
第5節	住居侵入の罪	219
第6節	秘密を侵す罪	223
第3章	個人的法益に対する罪③～名誉・信用に対する罪～	227
第1節	名誉に対する罪	227
第2節	信用及び業務に対する罪	234
第4章	個人的法益に対する罪④～財産に対する罪～	241
第1節	総説	241
第2節	窃盗の罪	253
第3節	強盗の罪	265
第4節	詐欺の罪	277
第5節	恐喝の罪	289
第6節	横領の罪	294
第7節	背任の罪	303
第8節	盗品等に関する罪	308
第9節	毀棄・隠匿の罪	315
第5章	社会的法益に対する罪①～放火の罪～	323
第6章	社会的法益に対する罪②～公共の信用に対する罪～	337
第1節	通貨偽造の罪	337
第2節	有価証券偽造の罪	344
第3節	文書偽造の罪	351
第7章	社会的法益に対する罪③～風俗に対する罪～	369
第1節	わいせつ及び重婚の罪	369
第2節	賭博及び富くじに関する罪	375
第3節	礼拝及び墳墓に関する罪	380

第8章 国家的法益に対する罪	383
第1節 公務の執行を妨害する罪	383
第2節 逃走の罪	396
第3節 犯人蔵匿及び証拠隠滅の罪	399
第4節 偽証の罪	405
第5節 虚偽告訴の罪	410
第6節 賄賂の罪	412
判例索引	425
INDEX	429



刑法入門編



刑法入門

1 刑法とはどのような法律か

(1) 犯罪と刑罰

刑法は、犯罪と刑罰に関する法律である。

犯罪とは、法律で刑罰を科すと決めた行為であり、刑罰とは、犯罪を遂行した者に対して科せられる制裁である。

刑法は、どのような行為が犯罪であり、その犯罪に対してどのような刑罰が科せられるかを規定したものである。

たとえば、殺人罪の規定を見てみよう。

【第199条】（殺人）

人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。

殺人罪では、「人を殺す」という行為が犯罪であり、その犯罪をした場合には、「死刑又は無期若しくは5年以上の懲役」という刑罰が科せられるということである。

刑法では、犯罪を遂行したら刑罰が科せられるという関係があり、犯罪が刑法の法律要件であり、刑罰が刑法の法律効果であるといえる。

(2) 刑法の意味

このような犯罪と刑罰を規定した法律は、「刑法」という名の法律（刑典、六法を引くと「刑法」と記載されている法律）だけでなく、道路交通法、覚せい剤取締法、未成年者飲酒禁止法など数多くある。前者を普通刑法といい、後者を特別刑法という。

刑法という言葉は、狭い意味では普通刑法のみを指すが、広い意味では普通刑法の他に特別刑法を含めたものとして使われる。

広い意味での刑法の中では、普通刑法が重要である。これは、社会生活上重要な意義を有する基本的な犯罪（殺人罪、窃盗罪、放火罪など）を規定するとともに、第1編の総則の規定が原則として特別刑法にも適用されるからである（刑8）。本書では、刑法といった場合、特に断りのない限り、普通刑法のことをいう（司法書士の試験の範囲としての刑法も普通刑法のことだと考えてよい）。

(3) 刑法の構造と刑法の学習

刑法は、1条から264条までであるが、これは、第1編「総則」（1条から72条まで）と第2編「罪」（73条から264条まで）に分かれる。講学上、前者を〈刑法総論〉、後者を〈刑法各論〉と呼ぶ。

刑法総論では、すべての犯罪に共通する事項（一般的な成立要件、未遂、共犯など）を学習し、刑法各論では、刑法総論で学習したことを前提に、個別の犯罪の特徴や固有の成立要件（放火罪はどのような場合に成立するかなど）を学習する。

2 刑法の目的・機能

(1) 刑法は何のためにあるか

刑法は、何のために犯罪と刑罰を規定しているのだろうか。そのことについて考えていこう。

(2) 法益保護機能（社会秩序維持機能）

まず、刑法には、守ろうとしている利益がある。これを法益（保護法益）という。たとえば、死んでしまった人は返ってこないことから、刑法は人の命を保護法益のひとつとしている。そこで、刑法は、人の命を守るために殺人罪を規定している。

殺人をしようとした者は、殺人罪が規定されていることで、「処罰されるのは嫌だから殺人はやめておこう」と考え殺人をやめるだろう。このように殺人罪があることで殺人を防ぐことができる。これを一般予防という。また、一度殺人をした者も、処罰を受けることによって、「もうあのような処罰は受けたくないから、もう殺人はやめよう」と考えるだろう。これで、殺人が減少する。これを特別予防という。

このように、殺人罪の規定は、人の命という法益を保護する役割がある。刑法には、社会秩序を維持し法益を保護する機能（犯罪防止機能）があるのである。

(3) 人権保障機能

刑法は、犯罪をした者に刑罰を科すことで、犯罪を食い止めようとしているが、何が犯罪かが明確にされていなければ、人々は何が犯罪かわからず、「これは犯罪行為かもしれない」と委縮してしまい、自由な行動をす

ることができなくなる。そこで、刑法は、犯罪とそれに対する刑罰を明確に規定することで、人々が何をすると犯罪になるのかがわかり、自由な行動がとれるようにした。刑法は、人々の自由な行動を保障しているといえる。これが人権保障機能である。

3 犯罪とは何か～犯罪の成立要件～

(1) 犯罪の成立要件の構造

① 構成要件該当性

まず、次の2つの例題を考えてほしい。

[例題1] AはBを殺そうと思った。Aに殺人罪が成立するか。

さて、Aに殺人罪が成立するだろうか。たしかに、Aは、Bを殺そうとは思っている。しかし、実際に殺人を犯したわけではない。よって、殺人罪の規定する「人を殺した」(199条)という行為をしたわけではないので殺人罪にはならない。

では、もうひとつ考えてみよう。

[例題2] AはBの妻Cと不倫をして男女の関係になった。Aは犯罪をしたとして刑罰に処せられるか。

たしかに、Aは他人の妻と不倫をするという法秩序に反する行為をしている(民事上は不法行為であり、AはBに損害賠償をしなければならない)。しかし、他人の妻と不倫をしたら犯罪になるという規定が刑法にない以上、Aには、刑法上の犯罪は成立しない。

これら2つの例題からわかるように、犯罪が成立するためには、刑法に犯罪として規定されている行為をする必要がある。逆にいえば、刑法上規定のない行為をしても犯罪とならない。

このように、犯罪が成立するためには、刑法の規定に該当する行為をする必要があるが、刑法に規定されている犯罪行為を犯罪の構成要件と呼び、これに該当することを〈構成要件該当性〉があるという。

犯罪が成立するためには、構成要件該当性がある必要があるのである。たとえば、殺人罪であれば、

Aは、死ぬと思って、Bに向けてピストルを発射して殺した。

というように、実際に「人を殺した」という刑法が規定している行為に該当して初めて成立する。

②違法性

では、ある者の行為が構成要件に該当すれば、それだけで必ず犯罪になるのだろうか。次の例題を考えてほしい。

[例題3] 死刑執行人Aは、死刑の執行をするため、ボタンを押した。そのことで、Bの死刑が執行され、Bは死亡した。Aに殺人罪が成立するか。

たしかに、Aは、Bを殺すという行為をしており、殺人罪の構成要件には該当する。しかし、Aは、死刑執行人であり、死刑を執行するのが仕事である。Aは正当な理由でBを殺しており、悪いこととはいえない。Aに殺人罪を成立させてよいのだろうか。

実は、構成要件該当性のある行為も、社会規範に違反して悪いことであると評価されて、初めて犯罪となる。逆にいえば、構成要件該当性のある行為も社会的相当性のある行為であるならば、犯罪とはならない。

社会規範に違反して悪いことを〈違法性〉があるという。構成要件該当性のある行為も、違法性があって初めて犯罪となる。

例題のAは、たしかに、殺人罪の構成要件に該当する行為（人を殺す行為）をしているが、社会的相当な行為であり、違法性がないので、Aには殺人罪は成立しない。

③責任

構成要件に該当し、違法性がある行為はすべて犯罪となるのか、次の例題を考えてみよう。

[例題4] 10歳のAは、友人Bと戦隊ヒーローごっこをしていたが、父親の所持していたピストルを持ちだし、Bに向けて発砲してBを殺した。Aには殺人罪が成立するか。

たしかに、Aのした行為は、殺人罪の構成要件に該当する行為である。また、社会的相当な行為でもないから、違法性もある。しかし、Aはまだ、10歳であり、ピストルを発砲したことを責めるわけにはいかないだろう。Aに必要なのは刑罰ではなく教育であろうし、Aを責めるより、ピストルの管理を怠った父親を責めるべきであろう。

実は、ある行為が構成要件に該当し、違法性があるとしても、その行為が道義的に非難できるものであってはじめて犯罪となる。ある行為が道義的に非難できるものである場合を〈責任〉があるという。このような責任がなければ犯罪にはならないという考え方を〈責任主義〉という。

例題のAは、まだ10歳であり、その行為を非難できるわけではないので、責任がなく、Aには殺人罪は成立しない。

④犯罪の成立要件

以上、見てきたように、犯罪は、構成要件に該当し、違法性があり、責任があるという3つの要件に該当して初めて成立する。つまり、犯罪とは、構成要件に該当し、違法で有責な行為とすることができるのである。

(2) 構成要件

以上、見てきたように、構成要件に該当するとは、刑法の条文に規定された犯罪を実現することであるが、構成要件に該当したというためには、具体的にどのような要件を満たせばいいのか、殺人罪を例に考えてみよう。

①実行行為

構成要件に該当したというためには、実行行為をしている必要がある。実行行為とは、特定の構成要件を実現する現実的危険性を有する行為のことであるが、今の段階では、条文に書いてある行為くらいに思っておけばよい。殺人罪でいえば、ピストルの引き金を引くような行為のことである（人が死ぬという現実的危険性を有する行為である）。

②結果

構成要件に該当するためには、一定の結果が発生することが必要である。殺人罪でいえば、実行行為の結果として、人が死ぬということである。人が死ななかった場合には、殺人（既遂）罪は成立しない。

解説

ほとんどの犯罪の構成要件は、この結果があって初めて成立する犯罪です。しかし、なかには、結果の発生を必要としない犯罪もあります。たとえば、住居侵入罪は、住居に侵入するという実行行為は求められていますが、何かの結果が構成要件となっているわけではありません。このように、構成要件として、結果の発生を必要としない犯罪を〈拳動犯〉といい、反対に、結果の発生がなければ、成立しない犯罪を〈結果犯〉といいます。

③因果関係

次に、結果犯については、実行行為と結果との間に因果関係が必要である。実行行為が原因となって結果が発生したという関係が必要なのである。たとえば、AがBに向けてピストルの引き金を引いたが、弾丸は外れてしまい、そのときたまたまBに雷が落ちて死んでしまったというケースでは、たしかに、AはBに向け殺人罪の実行行為をし、Bの死亡という結果も生じているが、Aが実行行為をしたから死亡したわけではなく、実行行為と結果との間に因果関係はない。このような場合には、Bの死の結果をAの責任にすることはできないので、殺人（既遂）罪は成立しないということである。

④構成要件の故意

構成要件に該当するためには、〈実行行為〉〈結果〉〈因果関係〉の他に故意が必要である。故意とは、犯罪事実（実行行為、結果、因果関係のこと）に該当する行為を認識・認容していることである。つまり、殺人罪でいえば、人を殺すことをしていると認識し、それでもいいんだと思っていることである。たとえば、AがBに「屏風に向かってピストルを撃ってごらん」といわれ、屏風に向かってピストルを撃ったら後ろにCがいて死亡したというケースでは、実行行為、結果、因果関係はあるが、Aはその事実を認識しておらず故意がない（人を殺す行為をしているとは思っていない）。Aの行為は、構成要件に該当するとはいえず、殺人罪にはならないのである。

(3) 違法性

①総説

構成要件に該当した場合には、次に、違法性の検討をすることになる。ただし、構成要件は、違法・有責な行為を類型化したものであり、構成要件に該当すれば、違法性は推定されるため、例外的に違法性がなく犯罪が成立しないという違法性阻却事由について検討することになる。

②違法性の本質

違法とは、行為が悪いということである。では、「悪い」とはどのようなことなのであろうか。

刑法の機能として「社会秩序維持機能」があった。このことから考えると、「悪い」とは、社会秩序に反する行為、つまり、社会的相当性を欠く行為ということができる。

このことから、違法性とは、社会的相当性のないことであり、ある行為が構成要件に該当しても、社会的相当性のある場合には違法性が阻却されるということである

③違法性阻却事由の種類

違法性阻却事由には、正当行為と緊急行為がある。

まず、正当行為（35条）としては、法令行為、正当業務行為、その他の正当行為があげられる。法令行為とは、法律で許されている行為であり、警察官のする逮捕、死刑執行人のする死刑執行などがある。これらの行為は、それぞれ逮捕監禁罪（220条）・殺人罪（199条）の構成要件には該当するが、違法性が阻却され、犯罪は成立しない。また、正当業務行為としては、ボクシングなどのスポーツ行為があげられる。ボクシングでは、相手を殴ったとしても正当な業務行為であり、暴行罪（208条）・傷害罪（204条）の構成要件には該当するが、違法性が阻却される。そして、その他の正当行為としては、被害者の承諾がある場合などである。相手が「殴ってくれ」と真剣に言ってきたような場合には、殴ったとしても暴行罪は成立しない。

次に、緊急行為であるが、重要なものとして、正当防衛（36条）、緊急避難（37条）がある。

正当防衛とは、「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為（36条）」である。たとえば、AはBに強制性交されそうになったので、Bに対して近くに落ちていた石をぶつけたというようなケースでは、Aの行為は、暴行罪（208条）の構成要件に該当するが、自己の権利を防衛するためやむを得ずした行為であるから、正当防衛として違法性が阻却され、暴行罪は成立しない。

緊急避難とは、「自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為（37条）」である。たとえば、AはBに強制性交されそうになったので、Cの家に逃げ込んだというケースでは、Aは、Cの家に無断で立ち入り、住居侵入罪（130条）の構成要件に該当するが、自分の身体に対する危難を避けるためにやむを得ずにした行為であるから、緊急避難として違法性が阻却され、住居侵入罪は成立しない。

解説

正当防衛と緊急避難の違いがわからないかもしれません。正当防衛は「不正な侵害」に対して立ち向かうことです。つまり、行為の相手方は「悪い者」なのです。上記の事例でも、AはBという強制性交をしようとした者に対して石を投げつけたことが問題となっています。それに対し、緊急避難は、行為の相手方が「悪い者」ではないのです。上記の例でも、AがCという悪くない者の住居に侵入した行為が問題となっています。

つまり、正当防衛は、「正」(A)対「不正」(B)の関係、緊急避難は、「正」(A)対「正」(C)の関係についての問題といえます。

(4) 責任

① 総説

構成要件に該当し、違法性阻却事由もない場合には、次に責任の検討をしなければならない。責任を欠く場合には、犯罪が成立しない。

② 責任の本質

責任とは、犯罪行為について、その行為者を非難できること（非難可能性）である。殺人罪でいえば、「殺すな」という規範がありそれに直面しているのに、あえてその規範を乗り越えて殺人をしたことに非難が可能であるというようなことである。たとえば、幼児や精神病を患っていて善悪の区別を全く欠いている者の行為については、この者を非難することはできないので、責任を欠き、犯罪は成立しない。犯罪行為をした者を非難できない場合に必要なのは刑罰でなく、教育や環境を整えることである。

このように、「責任なければ刑罰なし」という原則を責任主義という。

③ 責任の要件

責任の要件を満たすためには、(ア)責任能力、(イ)責任故意、(ウ)期待可能性、の3要件を充足する必要がある。この3つの要件が充足してはじめて行為者を非難することができるのである。

(ア) 責任能力

責任能力とは、行為の違法性を認識し（是非弁別能力）、それに従って自己の行為を制御する能力（行動制御能力）のことである。この能力のない者は、善悪の判断ができず、できたとしてもその判断に従って自分の意思で行動を制御できないのであるから、非難す

ることはできず、責任が阻却される。

刑法上、是非弁別能力または行動制御能力を欠く者（心神喪失者）と14歳に満たない者（刑事未成年者）については、責任能力を欠き、犯罪は成立しないとされる（39条1項、41条）。

(イ) 責任故意

責任故意とは、違法性阻却事由を基礎づける事実の不認識と違法性の意識の可能性のことである。違法性阻却事由を基礎づける事実の不認識とは、たとえば、正当防衛でないとわかっていたことが必要だということである。また、違法性の意識の可能性とは、悪いことだとわかっていた、あるいは悪いことだとわかることができたことである。

このような故意がない場合には、「違法なことをするんだ」「悪いことをするんだ」という意識がなく、非難することはできないので、責任が阻却される。つまり、規範に直面し、それをあえて乗り越えて犯罪をしたということができないので、非難できないといえる。

次の例題を考えてみよう。

[例題] Bは夜帰宅途中の友人Aを驚かそうとして、後ろから呼びかけた。Aは強制性交されると思い、近くにあった石をぶつけた。その結果、Bはけがをした。Aに傷害罪が成立するか。

まず、構成要件から考えよう。石をぶつけるという傷害の実行行為があり、その結果けがをしている。石をぶつけたからけがをしたのであり、因果関係もある。また、その一連の流れを認識・認容しており、構成要件の故意もある。

次に違法性であるが、Bは、友人を驚かそうとしただけであり、強制性交をしようとしていたわけではなく、「不正の侵害」があったわけではなく、正当防衛は成立しない。つまり、違法性は阻却されない。あくまでも、強制性交されるというのはAの思い込みであり、そのような事実はないのだということを理解してほしい。

そして、責任の検討であるが、責任故意はあるだろうか。Aはあくまでも正当防衛のつもりで行為しており、「違法性阻却事由を基礎づける事実の不認識」がない。「違法なことをするんだ」という意思が毛頭ないのである。よって、責任故意がなく、責任が阻却され、傷害罪は成立しない（過失犯が成立する可能性があるが、後述）。

この例題のように、実際には正当防衛ではないが、本人が正当防衛のつもりで行為をしており、責任故意が阻却される事例を誤想防衛という。

(ウ) 期待可能性

期待可能性とは、行為時の具体的事情のもとで、行為者が犯罪行為を避けて適法行為をすることが期待できることである。期待可能性がない場合には、犯罪をしたことを非難することができないので、責任が阻却される。

4 過失犯

(1) 意義

今まで検討した犯罪成立要件は、故意の存在を前提としてきた。ここでは、故意の代わりに過失がある場合に犯罪が成立するかどうかを検討しよう。

(2) 過失による犯罪成立

以上、見てきたように、犯罪が成立するためには、故意の存在が必要であるのが原則である（故意犯処罰の原則、38条1項）。しかし、特別の規定がある場合には、故意が存在しなくても、過失により犯罪行為をしたのであっても、犯罪が成立する。過失とは、簡単にいえば不注意のことであり、注意義務違反のことである。通常は、結果予見義務と結果回避義務に違反することをいう。つまり、結果を予見してその結果を回避すべき義務があるのにそれに違反して結果を引き起こした場合に過失犯が成立する。たとえば、車のわき見運転をしていて人を引き殺してしまったような場合は、人を殺す故意はないが、不注意で人を殺しているといえるので、過失犯が成立する。

過失犯の具体的な規定を確認しておこう。人を殺すことについては、まず、故意犯の場合は、殺人罪として、

【第199条】（殺人罪）

人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。

と規定されているが、過失で人を殺した場合も、過失致死罪として

【第210条】（過失致死罪）

過失により人を死亡させた者は、50万円以下の罰金に処する。

と規定されている。

解説

過失犯の体系は、故意犯の体系の〈故意〉の部分を通失に代えて考えてください。それ以外の要素については、故意犯と変わりありません。たとえば、構成要件は、実行行為、結果、因果関係については、故意犯と同様に検討したうえで、構成要件の故意を構成要件の過失に置き換えればいいのです。

次に、ひとつ注意しなければならないのは、過失犯は、すべての故意犯に1対1に対応して存在するわけではないことです。過失致死罪のように規定が存在する場合だけ過失犯は成立します。38条1項も「特別の規定がある場合には」といつている点に気をつけておきましょう。

5 修正された構成要件**(1) 総説**

今まで刑法が原則としている犯罪成立要件を検討してきたが、それは①結果が生じており実行行為との間に因果関係があること（既遂犯）、②単独で犯罪をしていること（単独犯）といった特徴がある。

ここでは、その構成要件が修正されたものを検討することにする。具体的には、①結果や因果関係の存在しない未遂犯、②複数が犯罪を行う共犯について検討する。

(2) 未遂犯

原則的な構成要件では、実行行為の他に結果、因果関係が要求され、この場合には、既遂犯が成立する。

これに対して、実行行為が行われたが、結果が生じていない場合が未遂である。また、結果が発生したとしても、実行行為との間に因果関係がない場合には、その結果を行為者の責任にすることはできないから、この場合も未遂となる。つまり、未遂とは、実行行為をしたが、結果または因果関係がない場合をいう。

殺人でいえば、ピストルの引き金を引いたけれども、弾丸が当たらなか

った場合が未遂に当たる。

具体的な規定を見れば、殺人については、殺人未遂罪として、

【第203条】（未遂罪）

第199条及び前条の罪の未遂は、罰する。

と規定されている。

解説

未遂罪を処罰するのは、処罰時期を早め、より法益を保護することにあります。気をつけなければならないのは、すべての犯罪に未遂があるわけではないということです。より法益を保護すべき犯罪について個別に未遂の規定を置いて、その規定がある犯罪についてのみ未遂犯は処罰されるのです（44条）。

ここで、予備罪という概念も押さえておきましょう。予備罪は、実行行為そのものをしていなくても実行行為の準備をすると犯罪になる場合です。たとえば、殺人目的でピストルを準備すると、殺人予備罪（201条）になります。予備は、殺人罪、強盗罪などきわめて重い犯罪について例外的に存在します。

	実行行為	結果
既遂犯	○	○
未遂犯	○	×
予備罪*	×	×

※ただし、準備行為はあり

(3) 共犯

①正犯と共犯

正犯とは、自ら犯罪を実行する者のことである。上記で検討してきた犯罪成立要件は、正犯についてのものである。

これに対して、共犯とは、他人の犯罪に加担する者のことである。共犯には、教唆犯と幫助犯がある。

②共同正犯

[事例] AとBは、Cを殺害することを計画し、AがCの体を押さえ、Bがナイフを突き刺して殺害した。

このケースでは、AとBが共同で殺人をしている。AとBという複数人で犯罪をしているが、AもBも自ら犯罪を実行しており、正犯である。このように、複数の者が共同して犯罪をすることを共同正犯という。

③教唆犯（61条）

[事例] AはCが憎らしくなり、Bに対して「1,000万円やるからCを殺してこい」と言った。お金に困っていたBは、Cを殺害した。

Bが殺人罪（正犯）になるのは問題ない。問題は、Aがどんな犯罪になるかである。他人に犯罪をそそのかして（教唆して）犯罪を実行させた場合には、教唆犯として処罰される。自ら犯罪をしたわけではないが、他人の犯罪に加担したとして共犯として処罰される。

Aは、殺人の教唆犯として処罰されるのである。

④幫助犯（62条）

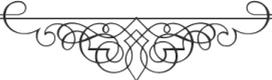
[事例] BはCを殺そうとしていた。それを知ったAは、「これを使えよ」と言って、ピストルを用意してBに渡した。Bはそのピストルを使ってCを殺害した。

このケースもBが殺人罪（正犯）になることは問題ない。問題は、Aがどんな犯罪になるかである。他人の犯罪を手助けして（幫助して）犯罪を実現させた場合には、幫助犯として処罰される。自ら犯罪をしたわけではないが、他人の犯罪に加担したとして共犯として処罰される。

Aは、殺人の幫助犯として処罰されるのである。



第 1 編
刑法總論編



第1章 刑法基礎理論

第1節 罪刑法定主義

1 意義

罪刑法定主義とは、犯罪と刑罰はあらかじめ成文の法律によって明確に規定されていることを要するという原則のことである。行為の時に、その行為が犯罪であり刑罰に科せられることを定めた法律がない場合には、その行為を処罰することができないということであり、一般に「法律なければ犯罪なし、法律なければ刑罰なし」といわれる。国家による恣意的な刑罰権の行使から国民の権利を護ることを目的とするものである。

罪刑法定主義は、刑法上明文の根拠はないが、憲法31条、39条前段等を根拠とする。

2 根拠

(1) 総説

罪刑法定主義の根拠には、民主主義的要請と自由主義的要請がある。

(2) 民主主義的要請

民主主義的要請とは、犯罪と刑罰は、国民が「正当に選挙された国会における代表者」を通じて自ら決定しなければならないという要請である。したがって、犯罪と刑罰は、国会の議決で成立する「法律」で定めることが要請される。国家権力が恣意的に刑罰を行使することを防止するための考え方である。

(3) 自由主義的要請

自由主義的要請とは、犯罪と刑罰は、犯罪行為が行われる前に定めておかなければならないという要請である。そのことで、国民が自らの行為が犯罪に当たるかどうかを予測でき、国民の自由が守られるのである。

3 派生原理

(1) 総説

罪刑法定主義は、民主主義的要請と自由主義的要請を根拠とするものであった。

民主主義的要請から、犯罪と刑罰は〈法律〉で規定されていなければならないという法律主義が導かれる。さらに、法律主義は、慣習刑法排除の原則、類推解釈の禁止、刑罰法規適正の原則、絶対的不定期刑の禁止をその内容とする。

また、自由主義的要請からは、犯罪と刑罰は〈事前に〉規定されていなければならないという事後法の禁止（遡及処罰の禁止）が導かれる。

罪刑法定主義から導かれたこれらの派生原理の一つひとつ見ていくことにしよう。

(2) 慣習刑法排除の原則

法律主義的要請から、犯罪と刑罰は法律で定めておくことが要請されており、慣習によって犯罪を定め刑罰を科すことは許されない。ただし、あくまで禁止されるのは慣習を直接の法源として刑罰を科すことであり、法律が規定している犯罪の構成要件の内容の解釈や違法性の判断する場合に慣習法を考慮することは許される（福岡高判昭和34・3・31）。

(3) 類推解釈の禁止

刑法においては類推解釈をすることは許されない。類推解釈は、法律に規定されていないことを他の規定を使って犯罪を成立させることであるが、法律の本来の規定を超えて犯罪を認めるものであり、法律主義に反するからである。

ただし、類推解釈を禁止するのは国家権力の恣意的な刑罰権の行使から国民を守るためのものであるから、被告人に有利となるような類推解釈は許される。つまり、禁止されるのは、被告人に不利益となるような類推解釈に限られることになる。

また、類推解釈は禁止されるが、拡張解釈は許される。拡張解釈とは、法文の言葉の意味を通常可能な範囲で拡張するものであり、法文の言葉の持つ枠を超える類推解釈とは異なる。たとえば、129条の「汽車」を「ガンリンカー」に拡張解釈して適用することは許される（大判昭和15・8・22）。

(4) 刑罰法規適正の原則

刑罰法規は、形式・内容において適正でなければならないということである。具体的には、①明確性の原則と②刑罰法規内容適正の原則とに分けることができる。

①明確性の原則

明確性の原則とは、立法者は刑罰法規の内容を具体的かつ明確に規定しなければならないという原則である。明確でない刑罰法規は憲法31条に反し無効となる。刑罰法規の内容が不明確であると、国民は何が犯罪であるかわからず、法律主義に反するからである。

なお、刑罰法規が明確であるかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読み取れるかどうかによって判断すべきであるとされる（最判昭和50・9・10）。

②刑罰法規内容適性の原則

刑罰法規内容適性の原則とは、刑罰法規に定められている犯罪と刑罰は、当該行為を犯罪とする合理的理由があり、しかも刑罰は犯罪に均衡した適正なものでなければならないという原則である。刑罰権の濫用を防止し、実質的に国民の人権を侵害することを防止する趣旨である。

(5) 絶対的不定期刑の禁止

刑種（刑罰の種類）と刑量をともに法定していない場合（たとえば、「…をした者は刑に処する」というもの）や、刑種だけ法定し刑量を法定しない場合（たとえば、「…をした者は懲役に処する」というもの）の法定刑のことを絶対的不定期刑といい、禁止される。このようなものは、刑罰を抽象的に規定するにすぎず、法律主義に反するからである。

ただし、「…をした者は3年の懲役に処する」という絶対的確定刑であることが必要なわけではなく、「…をした者は3年以上5年以下の懲役に処する」という刑種及び刑量を相対的に法定した相対的不定期刑は禁止されない。

(6) 事後法の禁止（遡及処罰の禁止）

事後法の禁止とは、行為時に適法であった行為は、行為が行われた後に制定された法律で犯罪とされても、さかのぼって処罰されることはないという原則である。さかのぼって処罰することを認めると、どんな行為が犯

罪として処罰されるかわからず、法的安定性を害し、個人の自由を不当に侵害するおそれがあるからである。

また、犯罪行為が行われた後に刑が重く変更されたとしても、その重い刑を適用してはならないこともこの原則の帰結である。

4 罪刑法定主義の要請とはいえないもの

(1) 一事不再理の原則

無罪とされた同一の行為について、重ねて刑事上の責任を問われないのは、一事不再理の原則（憲法39条前段）によるものであり、罪刑法定主義の要請ではない。

(2) 刑の変更

犯罪後に刑が軽く変更された場合、新法を適用するのは（6条）、罪刑法定主義の要請ではない。

(3) 責任主義

故意または過失のない行為を処罰することができないのは、責任主義の要請であり、罪刑法定主義の要請ではない。

《チェック問題》

- 1 罪刑法定主義は、一般に「法律なければ犯罪なし、法律なければ刑罰なし」という言葉で表現され、国家による恣意的な刑罰権の行使から国民の権利を護ることをその目的としている。
- 2 罪刑法定主義は、法律主義と事後法の禁止という考え方から成り立っているとみることができる。
- 3 法律主義からは、慣習刑法の排斥が導き出され、構成要件の内容の解釈や違法性の判断にあたって慣習法を考慮することは許されない。
- 4 森林窃盗罪の成立について入会権の有無の判断を要する場合に、その判断の根拠を慣習法に求めてはならないとすることは、罪刑法定主義の要請である。
- 5 法律主義及び事後法の禁止から類推解釈の禁止が導き出され、被告人にとって利益、不利益を問わず、法律が規定していない事項について類似の法文を適用することは許されない。
- 6 著しく不明確な構成要件を定めてはならないとすることは罪刑法定主義の要請ではない。
- 7 長期も短期も定めずに言い渡される不定期刑も、法律の定めがあれば、罪刑法定主義に反しない。
- 8 事後法の禁止からは刑罰法規不遡及が導き出され、行為が行われた後に制定した法律で当該行為を処罰することはできない。
- 9 前に無罪となった行為についてさらに処罰をすることはできないとすることは罪刑法定主義の要請ではない。
- 10 犯罪後の法律の改正により刑が軽く変更された場合に、新法を適用するとすることは、罪刑法定主義の要請である。
- 11 故意も過失もない行為を処罰することは、罪刑法定主義に反する。

(解答)

- 1 正しい。 1 参照。
- 2 正しい。 3(1)参照。
- 3 誤り。 3(2)参照。
- 4 誤り。 3(2)参照。森林窃盗罪という法律が規定している犯罪の構成要件の内容の解釈の判断をしている場合であるから、慣習法を考慮することは許される。
- 5 誤り。 3(3)参照。被告人に有利な類推解釈は禁止されないから、「利益、不利益を問わず」が誤り。
- 6 誤り。 3(4)①参照。
- 7 誤り。 3(5)参照。長期も短期も定めずに言い渡される不定期刑であるから、本肢の刑は絶対的不定期刑に当たる。絶対的不定期刑は禁止される。
- 8 正しい。 3(6)参照。
- 9 正しい。 4(1)参照。
- 10 誤り。 4(2)参照。
- 11 誤り。 4(3)参照。

第2節 刑法の適用範囲

1 刑法の時間的適用範囲

(1) 意義

刑法の時間的適用範囲とは、刑法がどの時点からどの時点まで効力を持つかという問題である。

刑法の効力が開始する時点は、刑法の施行時であり、施行前の行為に対してさかのぼって適用されることはない（事後法の禁止）。

(2) 刑罰法規の変更

[例題1] Aは、ある行為をしたが、その行為は、行為時には適法であったが、行為後の刑罰法規の改正でその行為は違法なものになった。Aは裁判において、有罪となるのか、無罪となるのか。行為時の法律が適用されるのか、裁判時の法律が適用されるのかが問題となる。



Aは無罪となる。行為後の刑罰法規の改正でその行為が有罪であることになっても、その法律はさかのぼって適用することはできない（事後法の禁止）。したがって、行為時の法律が適用され、Aは無罪となる。

[例題2] Aはある行為をしたが、その行為の刑罰は、行為時の法律では懲役3年であった。しかし、行為後の刑罰法規の改正で、その行為の刑罰は懲役5年となった。Aは裁判において、何年の懲役が科せられるか。行為時の法律が適用されるのか、裁判時の法律が適用されるのかが問題となる。



Aには懲役3年の刑が科せられる。行為後の刑罰法規の改正で刑が重くなったとしても、事後法の禁止から、その刑をさかのぼって適用することはできない。

[例題3] Aはある行為をしたが、その行為の刑罰は、行為時の法律では懲役5年であった。しかし、行為後の刑罰法規の改正で、その行為の刑罰は懲役3年となった。Aは裁判において、何年の懲役が科せられるか。行為時の法律が適用されるのか、裁判時の法律が適用されるのかが問題となる。



Aには、懲役3年の刑が科せられる。刑法6条が「犯罪後の法律によって刑の変更があったときは、その軽いものによる」と定めているので、新法によって旧法より刑が軽くなった場合には、新法が適用される。よって、Aには新法が適用されるのである。

解説

原則として、刑罰法規は、さかのぼって適用されませんから、刑が軽くなっても、旧法の重い刑で処罰されるのが、罪刑法定主義の原則のほうです。ただ、それでは、同じ時期に裁判が行われても、法律改正前に犯罪を行った者は重く処罰され、法律改正後に犯罪を行った者は軽く処罰されることになり、不公平感があります。そこで、犯人の利益を考慮して刑法は軽い裁判時の法律を適用するとしたのです。刑法6条は、あくまでもこのような法感情から一種のサーブス規定として制定されたものであり、罪刑法定主義からの要請ではありません。罪刑法定主義からすれば、旧法の重い刑を科しても何ら問題ないのです。[例題2]でAを重く処罰することは罪刑法定主義に反することになることと比較しておきましょう（形式的には[例題2]でも刑法6条が適用され、刑の軽い旧法が適用されますが、罪刑法定主義から旧法を適用することは当然の帰結になります）。

なお、刑法6条は、「犯罪後」と規定しているが、ここでいう犯罪後とは、実行行為終了後を意味する。つまり、実行行為をしたが、結果が生ずる前に、法律改正があった場合には、旧法と新法のうち刑が軽いほうが適用される。これに対して、監禁罪などのように実行行為が継続する犯罪（継続犯という）をしている途中で刑の変更があった場合には、犯罪後の刑の変更ではないので、行為時の法律として常に新法が適用される（最決昭和27・9・25）。

[例題4] Aは、ある行為をしたが、その行為は、行為時には違法であったが、行為後の刑罰法規の改正でその刑は廃止され適法なものになった。Aは裁判において、有罪となるのか、無罪となるのか。行為時の法律が適用されるのか、裁判時の法律が適用されるのかが問題となる。



Aには、免訴判決が言い渡される（刑事訴訟法337条2項、有罪にはならないということ）。刑が軽く変更された場合には軽い刑によるという刑

法6条の趣旨から考えれば、刑の廃止の場合には、有罪にすることができないことになる（刑の廃止を刑を極限まで軽く変更したと考えるとわかりやすい）。ただし、この考え方によると、行為時と裁判時には一定の時間的間隔があることが通常であるから、法律の有効期間の終了時が近づくに従い実効性を喪失することになる（どうせ有罪にならないから犯罪をしようと考えて犯罪をする者が出てくるということ）。そこで、法律廃止後も廃止前の行為については処罰する旨の規定を設けることができるとされている（罪刑法定主義には反しない）。

2 刑法の場所的適用範囲

(1) 意義

刑法の場所的適用範囲とは、刑法の効力が及ぶ地域、つまり、どの場所で犯された犯罪に対して刑法が適用されるかということである。

刑法は、属地主義を基本として、属人主義、保護主義、世界主義を補充的に併用している。

(2) 属地主義（1条）

属地主義とは、国内で行われた犯罪に対して、犯人の国籍を問わず、自国の刑法の適用を認める主義である。したがって、外国人であっても、日本国内で犯罪をすれば、日本の刑法が適用される。

ここでいう日本国内とは、日本国の領土、領海及び領空内をいう。したがって、外国航空機内で外国人が犯した犯罪であっても、日本領土上空を飛行中であれば日本の刑法が適用される。なお、日本国内にある外国大使館も日本の領土の一部であり、日本の刑法が適用される（大判大正7・12・16）。

さらに、日本国籍を有する船舶または航空機内において行われた犯罪については、たとえ日本国外にあったとしても、日本の刑法が適用される（1条2項）。

日本国内で行われた犯罪というためには、構成要件に該当する行為と結果の一部が日本国内で生じていれば足りる。たとえば、実行行為が日本で行われたが、結果が外国で生じた場合でも日本の刑法が適用される。なお、共犯の場合、正犯の犯罪地及び共犯の犯罪地がその犯罪地とされるので、正犯行為または共犯行為のどちらかが日本国内で行われていれば、日本の刑法が適用される。たとえば、外国で幫助行為をしても、幫助された正犯

が日本で実行行為をすれば、共犯にも日本の刑法が適用される。

(3) 属人主義 (3条)

属人主義とは、犯人が自国民である限り、外国で行われた犯罪についても、自国の刑法を適用しようとする主義である。

刑法は、3条に掲げられた一定の重要な社会的法益または個人的法益に対する犯罪について属人主義を採用しており、日本人が外国でこれらの犯罪をしたとしても日本の刑法が適用される。

属人主義が採用されている犯罪は、主なものをあげれば、現住建造物放火罪、私文書偽造罪、強制わいせつ罪、強制性交等罪、殺人罪、傷害罪、傷害致死罪、保護責任者遺棄罪、保護責任者遺棄致死罪、逮捕監禁罪、誘拐罪、名誉毀損罪、強盗罪、詐欺罪、恐喝罪、業務上横領罪などである。

(4) 保護主義

①意義

保護主義とは、犯罪地を問わず、自国または自国民の利益を保護するため必要な限りにおいて、自国の刑法を適用する主義である。次の3つのケースがある。

②すべての者の国外犯 (2条)

刑法は、日本国の重要な国家的法益又は国家的法益に準ずる社会的法益に対する罪について保護主義を採用しており、犯罪地を問わず、これらの罪を犯したすべての者に日本の刑法が適用される。

刑法2条に掲げられている犯罪は、主なものをあげれば、内乱罪、外患誘致罪、通貨偽造・行使罪、公文書偽造・行使罪、公正証書原本等不実記載罪、有価証券偽造・行使罪、公印偽造罪などである。これもすべてを丸暗記する必要はないが、大まかにいえば、内乱等の国家の存立を脅かす罪と偽造関係の罪が掲げられている。これらの罪は外国で行われることも多く（外国で日本の通貨が偽造されることがあることは知っているとおり）、日本の利益を守るために処罰する必要があるのである。

③国民以外の者の国外犯 (3条の2)

日本国民に対して重要な個人的法益に対する犯罪を行った者に対しては、犯罪地を問わず、日本国民以外の者であっても日本の刑法が適用される。これは、日本人が被害者となったケースであり、外国で日本人（旅行者や留学生）が被害者となる犯罪が増加したことともない、平成

15年改正で制定されたものである。

刑法3条の2に掲げられている犯罪は、主なものをあげれば、強制わいせつ罪、強制性交等罪、殺人罪、傷害罪、傷害致死罪、逮捕監禁罪、誘拐罪、強盗罪などである。

④公務員の国外犯（4条）

日本の公務員が、日本国外で一定の犯罪をした場合には、日本の刑法が適用される。日本の公務を保護する趣旨である。

刑法4条に掲げられている犯罪は、主なものをあげれば、逃走援助罪、虚偽公文書作成罪、収賄罪などである。すべて、公務員しか犯すことのできない犯罪（身分犯）であることに注意すること。

ここで、例題をひとつ考えてもらおう。

[例題] 日本の公務員Aは、日本人Bから外国で賄賂を受け取った。
A・Bには日本の刑法による犯罪は成立するか。

まず、Aには、収賄罪が成立する。日本の公務員は外国で賄賂を受け取ったとしても、日本の刑法が適用されるからである。

また、Bは日本人であるから、平成29年7月11日施行の改札により、属人主義の規定が適用されることとされた（3条6号）

(5) 世界主義（4条の2）

世界主義とは、ハイジャック行為や国際テロ行為のように国際社会が共同で対処しなければならない犯罪については、犯罪者、犯罪地を問わず、自国の刑法を適用しようとする主義である。

日本国外で犯された犯罪についても、条約によりわが国で処罰すべきものとされている場合には、日本の刑法の適用がある。

3 外国判決の効力～日本の刑罰と外国の刑罰の調整～

[例題] 日本人Aは、外国で殺人の罪を犯し、その国の法律に基づき刑罰を受けた。Aは日本に帰国した後、日本の刑法に基づいてその殺人について処罰を受けることはあるか。

本問のAには、属人主義から日本の刑法が適用される。しかし、外国の法律も適用され、すでに処罰を受けている。このような場合でも日本の刑法を

適用し、日本でAを処罰することはできるだろうか。

刑法は、「外国において確定裁判を受けた者であっても、同一の行為について更に処罰することを妨げない」とする（5条）。つまり、Aを日本の刑法で処罰することはできる。憲法の二重処罰の禁止には当たらないとするのである。ただし、犯人がすでに外国において言い渡された刑の全部または一部の執行を受けたときは、刑の執行を減輕し、または免除するとしている（5条ただし書）。

《チェック問題》

- 1 法律の改正により罰則を廃止するに際して、廃止前の行為については廃止後も処罰する旨を定めることは、罪刑法定主義に反しない。
- 2 日本国の領土上空を飛行中の外国旅客機内の外国人による犯罪には、日本国の刑罰権は及ばない。
- 3 外国人が日本国外にある日本の航空機内で犯罪を犯した場合、日本の刑法が適用される。
- 4 犯罪行為が日本国内で行われてその結果が日本国外で発生した場合及び犯罪行為が日本国外で行われてその結果が日本国内で発生した場合は、いずれも日本の刑法が適用される。
- 5 日本国外から毒薬を郵送し、国内でこれを服用した者が国外で死亡した場合、日本の刑法が適用される。
- 6 日本国外で有価証券偽造又は通貨偽造についての犯罪を犯した場合、日本の刑法は犯人が日本人であるときのみ適用があるが、日本国外において日本人に対する殺人又は略取誘拐の罪を犯した場合には、犯人が何人であっても日本国刑法が適用される。
- 7 日本国民が国外犯の適用のある犯罪を犯し、行為地の裁判所で確定判決を受ければ、国内で重ねて処罰することはできない。

(解答)

- 1 正しい。 1(2) [例題4] 参照。
- 2 誤り。 2(2)参照。
- 3 正しい。 2(2)参照。
- 4 正しい。 2(2)参照。犯罪構成要件の一部が日本国内で生じたのであれば、日本の刑法が適用される。よって、本肢の場合には、日本の刑法が適用される。
- 5 正しい。 2(2)参照。犯罪の構成要件に該当する行為と結果の一部が日本国内で生じたのであれば、日本の刑法が適用されるが、本肢では、毒薬の服用が日本で行われているので、日本の刑法が適用される。
- 6 誤り。 2(4)②③参照。「有価証券偽造又は通貨偽造についての犯罪」は、保護主義から、これらの罪を犯した〈すべての者〉に日本の刑法が適用される。「犯人が日本人であるときのみ適用がある」が誤り。後段は、被害者が日本人のケースであり、正しい。
- 7 誤り。 3参照。

第2章 構成要件

第1節 行為の主体・客体

1 行為の主体

行為の主体とは、構成要件の内容となる行為、つまり犯罪行為を行う者のことである。たとえば、殺人罪でいえば、「人を殺した者」の「者」のことである。

行為の主体については、原則として自然人であれば制限はない。つまり、自然人であれば犯罪行為の主体（行為者）となることができる。これに対して、動物や自然現象は行為の主体にはならない（台風によって、人が死んでも台風に殺人罪は成立しない）。

ただし、例外として、行為ができる者を自然人の中でも一定の身分のある者に限定している構成要件がある。このような犯罪を〈身分犯〉という。たとえば、収賄罪（197条以下）は身分犯であり、その主体は公務員（という身分のある者）に限られており、公務員以外の者は収賄罪の主体になることはできない（収賄罪を犯すことができない）。

2 行為の客体

行為の客体とは行為の向けられる対象である。たとえば、殺人罪では、「人を殺した者」の「人」がこれに当たる。

解説

行為の客体は、構成要件の不可欠の要素というわけではなく、客体の存在しない犯罪もあります。たとえば、偽証罪（169条）や公然わいせつ罪（174条）などには、犯罪行為の向けられる客体がありません。

これに対して、保護法益のない犯罪はありません。すべての犯罪には、守るべき法益があるのです。

また、保護法益と行為の客体は、必ずしも一致するわけではないことも理解しておきましょう。たとえば、公務執行妨害罪（95条1項）では、行為の客体は行為の向けられた公務員ですが、保護法益は、公務自体です。

第2節 実行行為

1 意義

実行行為とは、簡単に言えば、特定の構成要件に該当する行為のことである。たとえば、殺人罪の実行行為は、「人を殺す行為」である。しかし、すべての構成要件には、その保護すべき法益があるので、実行行為といえるためには、形式的に構成要件に該当する行為であるだけでなく、法益を侵害する危険な行為である必要がある。

したがって、結局、実行行為とは、特定の構成要件を実現する現実的危険性を有する行為ということができる。

2 不作為犯

(1) 意義

実行行為があるかないかが問題となるものとして、不作為犯がある。

作為犯が「何かをする」という作為によって実現する犯罪であるのに対して、不作為犯とは、「何かをしない」という不作為によって実現する犯罪のことである。

(2) 不作為犯の種類

不作為犯は、真正不作為犯と不真正不作為犯とに分けることができる。

真正不作為犯とは、構成要件が不作為の形で規定されている犯罪を不作為によって実現する場合のことである。たとえば、不退去罪（130条後段）は、「退去しない」という不作為が実行行為であり、不作為によって犯罪が実現される。

これに対して、不真正不作為犯とは、構成要件が作為の形で規定されている犯罪を不作為によって実現することである。たとえば、殺人罪を何もしないことによって実現できるかという問題である。

(3) 不真正不作為犯

①要件

真正不作為犯については、構成要件自体不作為で規定されているため、理論的に問題となることはないが、不真正不作為犯は、構成要件は作為で規定されているため、不作為に作為と同じような実行行為性を認めてよいのかが問題となる。

次の例題を考えてほしい。

[例題1] 人気のない川で幼児Bがおぼれていた。たまたま通りかかったAは、それを見て、「このまま放っておいたらおぼれて死ぬだろうがかまわない」と考え、救助することなくその場から立ち去った。Bは溺れて死んでしまった。Aに殺人罪は成立するか。

では、もう一題。上記の事例との違いに注目して考えてほしい。

[例題2] 人気のない川で幼児Bがおぼれていた。一緒に遊んでいたBの親Aは、それを見て「このまま放っておけばおぼれて死ぬだろうがかまわない」と考え、救助することなくその場から立ち去った。Bは溺れて死んでしまった。Aに殺人罪は成立するか。

[例題1] と [例題2] の違いは、[例題1] では、AとBが赤の他人なのに対して、[例題2] では、AとBが親子であるところにある。このことについては、気づいたであろう。では、それがどのように罪責に関係するのか考えていこう。

不真正不作為犯の場合、不作為に実行行為性が認められるかが問題であるが、実行行為とは、特定の構成要件を実現する現実的危険性を有する行為のことであるから、そのような危険性が認められるのであれば、不作為であっても実行行為ということはできる。しかし、不作為は無限にあるから、すべての不作為を実行行為と考えると、自由保障や明確性の観点から好ましくない。したがって、不作為が実行行為と認められるためには、(1)作為義務のある者の不作為で、(2)作為が容易・可能であり、(3)当該具体的状況のもとで作為と構成要件的に同価値であることを必要とすると解することになる。

そこで、[例題1] を考えると、AとBは他人であり、救助するという作為をする義務はないであろう。よって、作為義務はなく、実行行為性は認められないので、殺人罪は成立しない。

これに対して、[例題2]においては、BはAの親であり、救助義務がある（民法820条）。よって、救助するという作為義務のある者の不作為であるので、作為が容易・可能であり、この不作為が作為と構成要件的に同価値であれば、Aには殺人罪が成立する。

解説

不真正不作為犯の要件について学習しました。3要件を必ず押さえるようにしてください。では、もう少しこの要件について具体的に考えていきましょう。仮に、[例題2]でAが全く泳げなかったとしましょう。この場合に殺人罪は成立するでしょうか。この場合には、成立しませんね。救助という作為が容易・可能でないからです。助けようと思っても助けることができないのです。法律は不可能なことを要求するものではありません。

なお、今は、実行行為性についてだけ考えていますが、犯罪が成立するというためには、因果関係や故意などの他の構成要件要素や違法性、責任なども考える必要があるのは当然です。因果関係については、「作為をしたならば十中八九結果が生じなかつたであろう」という関係が必要とされます。例題でいえば、救助をしたらほぼ確実に助かったであろうという関係があつて、死亡という結果と不作為という実行行為との間に因果関係が認められるのです。

②作為義務

不真正不作為犯が成立するためには、作為義務が必要であることは述べたが、作為義務は(ア)法令、(イ)契約・事務管理、(ウ)慣習・条理に基づいて発生する。

(ア) 法令に基づくもの

法令に基づくものとしては、夫婦の扶養義務（民法752条）や親権者の子に対する監護義務（民法820条）などがある。

親が死んでもかまわないと考え、生まれたばかりの子に授乳せず
に放っておいた場合には、不作為による殺人罪が成立する。

(イ) 契約・事務管理に基づくもの

契約に基づく場合とは、契約によって幼児の養育を引き受けた場合などであり、事務管理に基づく場合とは、事務管理（民法697条）で病人を自宅に引き取った場合などである。

(ウ) 慣習・条理に基づくもの

慣習に基づくものとしては、土地に抵当権を設定しその登記もしてある場合にそれを買主に告げる義務があげられる。この義務に違反して事実を買主に告げないで土地を売却した場合、不作為による詐欺罪が成立する。また、条理に基づくものは様々あるが、典型例としては、交通事故などの自己の先行行為により救助義務を負う場合がある。

3 間接正犯

間接正犯とは、他人を道具として利用することによって犯罪を実現する場合のことである。

次の例題を考えてほしい。

[例題1] 医師であるAは、Cが憎くなり殺そうと考えた。そこで、看護師Bに、「いつもの栄養剤をCに注射してきて」と言って毒を渡した。何も知らないBは、いつもの栄養剤と思ってCに注射したところ、Cは死亡した。Aに殺人罪は成立するか。

これが、間接正犯の問題である。問題は、Aに殺人罪としての実行行為があるといえるのかということである。

実行行為とは、特定の構成要件を実現する現実的危険性を有する行為のことであったが、例題では、看護師Bは、何も知らないのだから、Bに毒を渡せば、Cに注射し、Cが死亡する危険があるといえる。つまり、Aが何も知らないBに毒を渡すことは、それだけで、Cの死亡する現実的危険性を有する行為ということができ、殺人罪の実行行為といえるのである。

解 説

何も知らないBを殺人の道具として使ったと考えればわかりやすいと思います。たとえば、ピストルを道具として人を殺すように、Bを道具としてCを殺したのです。このように考えれば、ピストルの引き金を引く行為が実行行為であるのと同じように、Bに毒を渡す行為が実行行為であることにも納得がいくでしょう。

なお、実は、Bが「何も知らない」ことが重要なのです。「何も知らない」からこそ、毒を渡したら、一目散にCのところに行って注射をするのです。つまり、道具といえるためには、何も知らずに行動をすることが要求されるのです（難しい言葉でいえば、Bには反対動機の形成可能性がないこと）。

また、Bには殺人罪が成立しないことも確認しておきましょう。Bはたしかに、殺人罪の実行行為をしています、「何も知らない」で実行しており、実行行為を認識・認容するという故意がないのです。

[例題2] Aは、3歳の子Bに指示して盗みをさせた。Aには窃盗罪が成立するか。

Aは、3歳の子を使って窃盗をさせているが、3歳の子は、窃盗ということを知っていないため（反対動機の形成可能性がない）、単なる道具といえるので、Aには、窃盗罪の間接正犯が成立する。

[例題3] Aは、12歳の子Bに指示して盗みをさせた。Aには窃盗罪が成立するか。

Aは、12歳の子を使って窃盗をさせているが、12歳の子は、原則として自分が窃盗をするということや窃盗が犯罪行為だとわかっているため（反対動機の形成可能性がある）、単なる道具とはいえず（逆らって盗みをしない可能性があるということ）、Aには窃盗罪の間接正犯は原則として成立しない（最決平成13・10・25参照）。ただし、Aには、窃盗罪の教唆犯が成立する可能性がある。なお、Bは、刑事未成年者（14歳未満、41条）であり、責任が阻却され、犯罪は成立しない。

では、同じ12歳でも次のような事例ではどうだろうか。

[例題4] Aは、12歳の養女Bに対して、Aの言動に逆らう素振りを見せるたびに、Bの顔面にタバコの火を押し付けたり、ドライバーで顔をこすったり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。Aは、Bに指示して盗みをさせた。Aには窃盗罪が成立するか。

たしかに、Bは12歳であるから、[例題3]と同じように、善悪の判断はできており、そのままでは単なる道具とはいえない。しかし、本問のAは、日頃からBに暴力をふるい自己の意のままに従わせていたのであり、Bの意思は抑圧されており、Bは何でもいうことをきくAの単なる道具になっているとすることができる。したがって、Aには窃盗罪の間接正犯が成立する(最決昭和58・9・21)。なお、Bに犯罪が成立しないことは[例題3]と同様である。

《チェック問題》

- 1 深夜に公園を通行中、泥酔して公園のベンチで寝込んでいる浮浪者を見かけ、放置しておけば厳寒のため凍死すると思いつつ、それでもかまわないと考えて何らの措置もとらないまま立ち去ったところ、同人が翌朝凍死していた場合でも、保護責任者遺棄致死罪は成立しない。
- 2 民家近くの空地でたき火をし、後始末をしておかないと火勢が強まって同家に燃え移るおそれがあると思いつつ、それでもかまわないと考えて何らの措置もとらないまま立ち去ったところ、同家に火が燃え移って全焼した場合には、現住建造物放火罪が成立する。
- 3 鉄材を積載したトラックを運転して鉄道踏切を通過中、荷くずれにより鉄材が線路上に落下したことに気づいたのに、鉄道会社から損害賠償を請求されることをおそれるあまり、そのまま走行していった場合には往来危険罪が成立する。
- 4 次の各場合において、末尾のカッコ内の不作為による犯罪が成立するか。
 - (1) 河畔で分娩した母親が、嬰兒を直ちに付近の砂中に埋めて窒息させた後、死体をその場所に放置してそこから逃走した場合。(死体遺棄罪)
 - (2) 事務所の火気責任者が、自己の過失により火を出したが、容易に消火することができたにもかかわらず、自己の失敗の発覚をおそれるあまり、延焼の危険を知りながらこれを放置し立ち去ったので、当該事務所が全焼した場合。(放火罪)
 - (3) 土地に抵当権を設定し、登記をしているにもかかわらず、そのことを買主に告げないで、その土地を売った場合。(詐欺罪)
 - (4) 母親が、死んでもかまわないと思って、生後9ヶ月の幼児にあえて授乳せず、餓死させた場合。(殺人罪)
 - (5) 近所の子供が喧嘩をしているところを見つけ、このままでは一方が殴られて傷害を負わせるだろうと思ったが、かかわりあいになるのを嫌い、それを制止せず立ち去ったために、子供が傷害を負った場合。(傷害罪)
- 5 13歳の児童に指示して他人の財物を盗み出させたときは、当該児童に対し暴行、脅迫等その意思を抑圧する手段を用いたと否とを問わず、間接正犯による窃盗罪が成立する。

(解答)

- 1 正しい。 2(3)①参照。単なる通行人に浮浪者を助ける義務はないので、放置しておいても、不作為による犯罪は成立しない。
- 2 正しい。 2(3)②(ウ)参照。たき火をしたという先行行為により火災が発生しないようにする義務が発生する。よって、そのような行為をしないで放置することで、不作為による現住建造物放火罪が成立する。
- 3 正しい。 2(3)②(ウ)参照。自己の過失行為という先行行為により鉄道会社に通報し事故を防ぐ義務を負う。それをしないで放置していたのだから、不作為による往来危険罪が成立する。
- 4
 - (1) 成立する。 2(3)①参照。死体遺棄罪は、原則として死体を場所的に移動するという作為により実現される作為犯であり、その場に放置しておくことは遺棄とはならないのが原則である。しかし、本肢の母親のような埋葬義務者の場合は、放置しておくという不作為も遺棄に当たる(埋葬義務があるから)。本肢では、埋葬義務者である母親が死体を放置しているのであるから、不作為による死体遺棄罪が成立する。
 - (2) 成立する。 2(3)②(ウ)参照。自己の過失行為という先行行為により消火義務が発生する。
 - (3) 成立する。 2(3)②(ウ)参照。
 - (4) 成立する。 2(3)②(ア)参照。
 - (5) 成立しない。 2(3)①参照。近所の子供の喧嘩を止める義務はない。
- 5 誤り。 3 [例題3] 参照。