

第1部 総論

第1章 序章 p1~2

- 第1節. 刑法の意義
- 第2節. 刑罰の目的
- 第3節. 犯罪の本質
- 第4節. 刑法の機能
- 第5節. 刑法の基本原則
- 第6節. 犯罪論の体系

第2章 構成要件該当性 p3~32

- 第1節. 意義及び機能 p3
- 第2節. 構成要件の要素 p3
- 第3節. 実行行為 p3
- 第4節. 正犯 p3~13

1. 間接正犯の成立要件 p3

[論点1] 間接正犯の成立要件

2. 間接正犯の体系上の位置づけ p3~4

3. 間接正犯の諸類型 p4~13

(1) 責任なき行為の介入 p4

ア. 是非弁別能力のない者の行為

イ. 責任能力に欠ける者の行為

(2) 被害者の行為の利用 p4~8

[判例1] 自殺の強制 (最決 H16.1.20・百I 73)

[判例2] 脅迫による自殺意思の形成 (最判 S33.11.21・百II 1)

(3) 非故意行為の利用 p8

ア. 無過失行為

イ. 過失行為

(4) 故意行為の利用 p9~12

ア. 軽い犯罪の故意しかない者

イ. 故意ある幫助的道具

[事例1] 殺人罪 (平成25年司法試験改題)

[事例2] 横領罪 (平成21年司法試験改題)

ウ. 身分なき故意ある者

エ. 目的なき故意ある者

(5) 適法行為の利用 p12~13

第5節. 不真正不作為犯 p14~17

[検討の流れ]

- ・ 実行行為の特定 (作為と不作為の区別、時間的範囲)
- ・ 不真正不作為犯の実行行為性
- ・ 不作為犯の「実行に着手」(43条本文)

- ・ 因果関係
- ・ 故意
- ・ 殺人罪と保護責任者遺等致死罪の区別

[論点 1] 結果回避可能性と作為義務の関係

[論点 2] 先行する作為と後行する不作為との関係

第6節. 因果関係 p18～22

1. 条件関係 p18～19

[論点 1] 択一的競合事例

[論点 2] 仮定的因果関係の事例

2. 法的因果関係 p19～22

(1) 総論 p19

[論点 3] 危険の現実化説

(2) 事案類型 p19～22

ア. 被害者の特殊事情 p19

イ. 行為後の特殊事情 p19～22

(ア) 直接実現型 (老女蒸し布団事件・最判 S46.6.17 等) p19～20

(イ) 間接実現型 p20～22

- ・ 高速道路侵入事件型 (最決 H15.7.16・百 I 13)
- ・ トランク監禁致死事件型 (最決 H16.10.19)
- ・ 結果発生の直接的原因を特定できない事案 (米兵ひき逃げ事件・最決 S42.10.24・百 I 9)
- ・ 死の二重評価が問題となる事案 (熊撃ち事件・最決 S53.3.22・百 I 14)

第7節. 構成要件の故意 p23～32

1. 故意の認識対象 p23

2. 故意の種類 p23

[論点 1] 未必の故意と認識ある過失の区別

3. 故意の意義 p23～24

4. 規範的構成要件要素 p24

[論点 2] 規範的構成要件に該当する事実の認識

5. 具体的事実の錯誤 p24～31

(1) 法定的符合説 p24

[論点 3] 法定的符合説

(2) 方法の錯誤 p24～29

[論点 4] 方法の錯誤

(論証 1) 抽象的法定符合説 (最判 S53.7.28・百 I 42)

(論証 2) 具体的法定符合説

[論点 5] 併発事実と故意の個数 (最判 S53.7.28・百 I 42)

[具体例]

(例 1) A 負傷・B 死亡

(例 2) A 死亡・B 死亡

(例 3) A 死亡・B 負傷

(例4) A負傷・B負傷

(3) 客体の錯誤 p29

(4) 因果関係の錯誤 p29～31

[論点6] 因果関係の錯誤 (大判 T12.4.30・百I15)

[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) (大判 T12.4.30・百I15)

6. 抽象的事実の錯誤 p31～32

[論点8] 重い罪の認識で軽い罪を実現

[論点9] 軽い罪の認識で重い罪を実現 (最決 S61.6.9・百I43)

[論点10] 認識した罪と実現した罪の法定刑が同じ (最決 S54.3.27)

第8節 過失 p33～35

1. 過失版の成立要件 p33～34

[検討の流れ] 業務上過失致死罪の成否

- ・「業務」
- ・過失の意味
- ・結果予見可能性の程度・対象・基準
- ・結果回避可能性
- ・結果回避義務違反 (信頼の原則を含む)

2. 段階的過失 p34

[論点1] 段階的過失

3. 管理・監督過失 p34～35

[論点2] 監督過失

[論点3] 管理過失

第3章 違法性 p36～50

第1節 違法性の本質 p36

[論点1] 違法性の実質

第2節 正当行為 p36

第3節 超法規的違法性阻却事由 p37～40

1. 被害者の承諾 p37～38

[論点1] 被害者の承諾による違法性阻却の根拠 (最決 S55.11.13・百I22)

[論点2] 承諾する動機の錯誤 (最判 S33.11.21・百II1)

[論点3] 承諾の存在時期

[論点4] 承諾に対する行為者の認識

[論点5] 承諾の外部的表明

[論点6] 被害者の承諾に関する錯誤

2. 被害者の推定的承諾 p38

[論点7] 被害者の推定的承諾による違法性阻却

3. 治療行為 p38～39

[論点8] 治療行為による違法性阻却

4. 危険の引き受け p39

[論点 9] 危険の引き受けによる違法性阻却 (千葉地裁 H7.12.13・百 I 59)

5. 義務の衝突 p39

[論点 10] 義務の衝突による違法性阻却

6. 自救行為 p39～40

[論点 11] 自救行為による違法性阻却

[論点 12] 誤想自救行為による責任故意の阻却

第4節. 正当防衛 p41～48

1. 成立要件 p41～46

(1) 緊急行為性 p41

[論点 1] 自招侵害 (最決 H20.5.20・百 I 26)

(2) 「急迫不正の侵害」 p41～p42

[論点 2] 対物防衛の肯否

[論点 3] 予期された侵害の「急迫」性 (1)

[論点 4] 予期された侵害の「急迫」性 (2) (最決 H29.4.26・百 I 23)

[論点 5] 「急迫不正の侵害」の終了時点 (最判 H9.6.16)

(3) 防衛行為の対象 p42～44

[論点 6] 第三者の物を利用した侵害

[論点 7] 第三者の物を利用した防衛

[論点 8] 防衛行為の結果が第三者に生じた場合 (大阪高判 H14.9.4・百 I 28)

(4) 「防衛するため」 p44～45

[論点 9] 防衛効果の要否

[論点 10] 防衛の意思 (最判 S50.11.28・百 I 24)

[論点 11] 防衛意思の内容 (最判 S50.11.28・百 I 24)

(5) 「やむを得ずにした行為」 p45～46

[論点 12] 「やむを得ずにした行為」 (最判 S44.12.4)

[論点 13] 共同正犯における防衛行為の相当性の判断方法

2. 過剰防衛 p46～47

[論点 1] 任意的減免の根拠

[論点 2] 過剰防衛の一体性 (最決 H20.6.25・百 I 27、最決 H21.2.24・H21 重判 2)

3. 誤想防衛 p47～48

[論点 1] 狭義の誤想防衛における故意犯の成否

[論点 2] 防衛行為の誤想における故意犯の成否

[論点 3] 誤想過剰防衛における故意犯の成否 (最決 S62.3.26・百 I 29)

[論点 4] 故意の誤想過剰防衛への 36 条 2 項の準用 (最決 S62.3.26・百 I 29)

第5節. 緊急避難 p49～50

1. 法的性質 p49

[論点 1] 緊急避難の法的性質

2. 成立要件 p49～50

[論点 2] 強要による緊急避難 (東京地判 H8.6.26)

3. 過剰避難 p50

[論点 3] 補充性の要件を逸脱した場合

4. 業務上特別義務者の例外 p50

第4章 責任 p51～54

1. 責任能力 p51～53

[論点 1] 責任能力の判断方法（最判 S59.7.3、最決 S58.9.13）

[論点 2] 原因において自由な行為（1）実行行為時の心神喪失

[論点 3] 原因において自由な行為（2）実行行為時の心神耗弱

[論点 4] 原因において自由な行為（3）過失犯

[論点 5] 原因行為において自由な行為（4）実行行為の途中の心神喪失

2. 責任故意 p53～54

[論点 1] 違法性の意識の要否

3. 期待可能性 p54

[論点 1] 期待可能性の錯誤

第5章 未遂犯 p55～61

第1節. 実行の着手 p55～58

[論点 1] 「実行に着手」した時期の判断基準

[論点 2] 行為犯説・結果犯説

[論点 3] 早すぎた構成要件の実現（クロロホルム事件・最判 H16.3.22・百 I 64）

[論点 4] 不作為犯

[論点 5] 間接正犯

[論点 6] 離隔犯（大判 T7.11.16・百 I 65）

第2節. 不能犯 p58～59

[論点 1] 未遂犯の成否

[論点 2] 主体の不能

第3節. 中止犯 p59～61

[論点 1] 法的性質

[論点 2] 「犯罪を中止した」の態様

[論点 3] 真摯な努力をしたが既遂結果が発生した場合

[論点 4] 中止行為と結果不発生との間の因果関係の要否

[論点 5] 「自己の意思により」の判断基準

[論点 6] 予備罪の中止犯（最大判 S29.1.20・百 I 72）

第6章 共犯 p62～91

第1節. 共犯の基礎理論 p62

第2節. 共同正犯 p63～76

1. 共同正犯の本質 p63

2. 共同正犯の成立要件 p63～69

(1) 「二人以上共同して犯罪を実行した」 p63～68

[論点 1] 共謀共同正犯 (練馬事件・最大判 S33.5.28・百 I 75)

[論点 2] 順次共謀 (練馬事件・最大判 S33.5.28・百 I 75)

[論点 3] 過失犯の共同正犯

[論点 4] 結果的加重犯の共同正犯

[論点 5] 片面的共同正犯 (大判 T11.2.25)

[論点 6] 承継的共同正犯 (最決 H24.11.6・百 I 81)

[例 1] 共謀加担前に惹起された傷害結果 (最決 H24.11.6・百 I 81)

[例 2] 詐欺罪において処分行為の段階から共謀加担した場合

[例 3] 詐欺未遂事案 (だまされたふり作戦事件) (百 I 82)

[例 4] 強盗致傷罪 (平成 28 年司法試験改題)

[論点 7] 不作為犯に対する共同正犯

[論点 8] 不作為による共同正犯

[論点 9] 予備罪の共同正犯 (最決 S37.11.8・百 I 80)

(2) 既遂結果発生・因果関係 p68~69

(3) 故意 p69

(4) 違法性・責任 p69

[論点 10] 共同正犯の違法性阻却事由 (フィリピンバブ事件・最決 H4.6.5・百 I 90)

[論点 11] 共同正犯の責任阻却・責任減少

3. 共同正犯における抽象的事実の錯誤 p69~74

[論点 12] 謀議時点から共同者間の認識に不一致がある場合

[論点 13] 謀議時点では共同者間の認識に不一致がない場合

4. 共同正犯の中止・共同正犯関係からの離脱 p74~76

(1) 共同正犯の中止 p74

(2) 共同正犯関係からの離脱 p74~76

ア. 着手前の離脱 p74

[論点 14] 着手前の離脱 (最決 H21.6.30・百 I 97)

イ. 着手後の離脱 p75

[論点 15] 着手後の離脱 (最決 H 元.6.26・百 I 96、名古屋高判 H14.8.29)

[論点 16] 離脱者について中止犯の成否 (最判 S24.12.17)

[論点 17] 正当防衛の共同実行後における量的過剰防衛 (最判 H6.12.6・百 I 98)

ウ. 因果性が完全には解消されていない場合 p75~76

[論点 18] 因果性を完全に解消することの要否

[論点 19] 心理的因果性の遮断が認められる一方で物理的因果性が残存している場合

第 3 節. 教唆犯 p77~82

1. 成立要件 p77~80

[論点 1] 教唆の概念と条件付き故意 (最決 H18.11.21・百 I 83)

[論点 2] 教唆犯における実行従属性

[論点 3] 未遂の教唆

[論点 4] 具体的事実の錯誤

・ 正犯に方法の錯誤がある場合

- ・正犯に客体の錯誤がある場合

[論点 5] 要素従属性

[論点 6] 罪名従属性

- ・正犯が実現した構成要件該当事実が共犯の認識したものよりも重い場合
- ・正犯が実現した構成要件該当事実が共犯の認識したものよりも重い場合

2. 教唆の態様 p80～81

片面的教唆／過失犯に対する教唆／過失による教唆／結果的加重犯の教唆犯／承継的教唆犯／不作為犯に対する教唆／不作為による教唆／予備罪に対する教唆

3. その他の論点 p81～82

[論点 7] 共犯形式間の錯誤

[論点 8] 間接正犯と狭義の共犯との間における錯誤

[論点 9] 教唆からの離脱

第4節. 幫助犯 p83～87

1. 成立要件 p83～84

[論点 1] 幫助の因果関係（東京高判 H2.2.21・百 I 88）

[論点 2] 片面的幫助（東京地判 S63.7.27・百 I 87）

[論点 3] 中立的行為による幫助（日常的行為と幫助）（最決 H23.12.19・百 I 89）

[論点 4] 具体的事実の錯誤

- ・正犯に方法の錯誤がある場合
- ・正犯に客体の錯誤がある場合

2. 幫助の態様 p85～86

片面的幫助／過失犯に対する幫助／過失による幫助／結果的加重犯の幫助犯／承継的幫助犯／不作為犯に対する幫助／不作為による幫助／予備罪に対する幫助

3. 幫助への関与 p86

[論点 5] 間接幫助（最決 S44.7.17・百 I 86）

4. その他の論点 p87

[論点 6] 幫助からの離脱

第5節. 共犯と身分 p88～89

[論点 1] 65条1項と2項の関係（最判 S31.5.24）

[論点 2] 目的も「身分」に含まれるか（最判 S42.3.7・百 I 93）

[論点 3] 65条1項の「共犯」に共同正犯も含まれるか（大判 M44.10.9）

[論点 4] 真正身分犯において身分者が非身分者に加功した場合

[論点 5] 真正身分犯において非身分者が情を知らない身分者を利用する場合

[論点 6] 不真正身分犯において非身分者が身分者に加功した場合

[論点 7] 不真正身分犯において身分者が非身分者に加功した場合

[論点 8] 先行者が窃盗又は窃盗未遂を犯した後、238条所定の目的に基づく暴行又は脅迫にのみ関与した後行者の罪責の範囲

（論証1）身分犯説

（論証2）結合犯説

第7章 罪数 p90～91

1. 単純一罪 p90
2. 法条競合 p90
3. 包括一罪 p90
4. 科刑上一罪 p90～91

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 p93～96

第1節 殺人罪 p93

第2節 殺人予備罪 p93

第3節 自殺関与罪・同意殺人罪 p93～94

1. 概要 p93
2. 殺人罪との区別 p93～94
3. 論点 p93～94

[論点1] 自殺関与罪の実行の着手時期

[論点2] 錯誤による自殺の決意・殺人への同意（最判 S33.11.21・百II1）

[論点3] 同意の存在に関する錯誤

第4節 墮胎罪 p95

第5節 遺棄罪 p95～96

1. 保護法益・罪質 p95
2. 構成要件 p95
3. 類型 p95～96

[論点1] 単純遺棄罪における「遺棄」（最判 S34.7.24）

[論点2] 「生存に必要な保護をしなかった」の意義（最判 H30.3.19・百II9）

第2章 身体に対する罪 p97～105

第1節 暴行罪 p97

[論点1] 身体への接触の要否（最決 S39.1.28・百II3）

第2節 傷害の罪 p97～104

1. 傷害罪 p97～98

[論点1] 暴行によらない傷害（最決 H17.3.29・百II5）

[論点2] 「傷害」の意義

[論点3] 結果的加重犯における加重結果についての過失の要否（最判 S32.2.26・百I50）

2. 傷害致死罪 p98
3. 現場助勢罪 p99

4. 同時傷害の特例 p99～104

[論点1] 二人以上による暴行のうち一方の暴行には当該傷害を生じさせ得る危険性が認められるが、他方の暴行には当該傷害を生じさせ得る危険性が認められない場合（最決 R2.9.30）

[論点2] 207条が適用される犯罪（最決 H28.3.24・百II6）

[論点3] 二人以上による暴行のうちいずれかの暴行と死亡との間の因果関係が肯定される場合にも207条が適用されるか (最決 H28.3.24・百II6)

[論点4] 承継的共同正犯の事案にも207条が適用されるか (最決 R2.9.30)

[オリジナル問題] 最決 R2.9.30

第3章 凶器準備集合罪 p104

第4節 過失致死傷罪 p105

第5節 自動車運転死傷行為処罰法 p105

1. 概要
2. 危険運転致死傷罪の基本構造

第3章 自由に対する罪 p106~115

第1節 脅迫罪・強要罪 p106~107

1. 脅迫罪 p106
2. 強要罪 p106~107

第2節 逮捕・監禁罪 p108~109

1. 保護法益・罪質 p108
2. 構成要件 p108~109

[論点1] 監禁状態の認識や移動意思の要否 (京都地判 S45.10.12・百II10、最決 S33.3.19)

3. 罪数 p109
4. 逮捕監禁致死傷罪 p109

[論点2] 「死傷」の原因行為 (最判 S28.11.27、最決 S42.12.21)

[論点3] 逮捕・監禁の着手行為から死傷の結果が生じた場合

第3節 略取・誘拐・人身売買罪 p110

1. 保護法益・罪質
2. 未成年者略取・誘拐罪

[論点1] 共同親権者の一方による未成年者略取等 (最決 H17.12.6・百II12)

3. 営利目的等略取罪・誘拐罪

[論点2] 「営利の目的」 (最決 S37.11.21)

4. 身の代金目的略取・誘拐罪

第4節 性的自由に対する罪 p111~113

1. 強制わいせつ罪 p111

[論点1] 強制わいせつ罪における性的意図の要否 (最判 H29.11.29・H29 重判3)

2. 強制性交等罪 p112
3. 準強制わいせつ・準強制性交等罪 p112
4. 看護者わいせつ罪・看護者性交等罪 p112
5. 強制わいせつ・強制性交等致死傷罪 p112

[論点2] 強制わいせつ・強制性交等致死傷罪における「死傷」の原因行為 (最決 H20.1.22・百II15 参照)

[論点3] 行為者が死傷につき故意を有する場合 (大判 T4.12.11、最判 S31.10.25)

6. 旧集団強姦罪・旧集団強姦致死傷罪の廃止 p113
7. 非親告罪化 p113

第5節. 住居侵入罪 p114～115

1. 住居侵入罪 p114

[論点1] 「侵入」の意義

2. 不退去罪

第4章 人格的法益に対する罪 p116～117

第1節. 秘密に対する罪 p116

第2節. 名誉に対する罪 p116～117

1. 名誉毀損罪 p116～117

[論点1] 伝播性の理論 (最判 S34.5.7・百II19)

[論点2] 真実性の錯誤 (最判 S44.6.25・百II21)

[論点3] 真実性の証明の対象となる事実 (最決 S43.1.18)

2. 侮辱罪 p117

第5章 信用及び業務に対する罪 p118～119

第1節. 信用毀損罪 p118

1. 保護法益

2. 構成要件

第2節. 偽計等業務妨害罪 p118～119

1. 保護法益 p118

[論点1] 公務

2. 構成要件 p118～119

[論点2] 違法な業務

第3節. 威力業務妨害罪 p119

1. 保護法益 p119

2. 構成要件 p119

[論点1] 公務 (最決 H12.2.17・百II23)

第4節. 電子計算機損壊等業務妨害罪 p119

第6章 財産犯 p120～169

第1節. 財産犯の体系 p120

第2節. 窃盗罪 p120～127

1. 構成要件 p120～126

(1) 「他人の財物」 p120～124 頁

[論点1] 「財物」は有体物に限られるか

[論点2] 禁制品も「財物」に含まれるか (最判 S24.2.15)

[論点3] 自己所有物 (最決 H元.7.7・百II26)

[論点4] 第三者が本権に基づかずに占有する他人の所有物

[論点5] 占有の存否 (最決 H16.8.25・百II28)

[事案類型]

・財物を現実に握持している場合

- ・財物が人の（閉鎖的）支配領域内に有る場合
- ・財物を自己の所在地から離れた場所にとくに置いた場合
- ・財物を一時置き忘れた場合（最判 S24.2.15）
- ・元の占有者の占有喪失により占有が他者に移る場合

[論点 6] 占有の帰属

- （類型 1）共同占有（大判 T8.4.5、最判 S25.6.6）
- （類型 2）上下・主従関係（大判 T7.2.6、大判 T12.11.9）
- （類型 3）支配関係（最判 S31.1.19）
- （類型 4）封緘委託物（大判 M45.4.26、大判 T7.11.19）

[論点 7] 死者の占有（最判 S41.4.8・百 II 29）

(2) 「窃取」 p124

(3) 故意 p124～125

[論点 8] 他人所有物を自己所有物と誤認した場合（平成 27 年司法試験）

[論点 9] 占有者が死亡したと誤認した場合（平成 29 年司法試験改題）

(4) 不法領得の意思

[論点 10] 権利者排除意思（最決 S55.10.30・百 II 32）

[論点 11] 利用処分意思（1）経済的用法に従った利用に限定されるか（最決 S35.9.9、最決 H16.11.30・百 II 31）

[論点 12] 利用処分意思（2）財物自体を利用する意思の要否（最決 H16.11.30・百 II 31）

2. 親族間の犯罪に関する特例 p126～127

[論点 13] 244 条の親族関係が必要な人的範囲（最決 H6.7.19）

[論点 14] 244 条の親族関係の錯誤

第 3 節. 不動産侵奪罪 p127

第 4 節. 強盗罪 p128～137

1. 強盗取得罪 p128～130

[論点 1] 事後的奪取意思（1）反抗抑圧後の新たな暴行・脅迫（大阪高判 H 元.3.3）

[論点 2] 事後的奪取意思（2）強制わいせつ・強制性交等後の新たな暴行脅迫（大判 S19.11.24 [旧強姦罪]、東京高判 H20.3.19・百 II 42）

[論点 3] 財物奪取後の暴行・脅迫（最決 S61.11.18・百 II 40）

[論点 4] 財物詐取後の暴行・脅迫

[論点 5] 反抗抑圧手段としての暴行・脅迫

[論点 6] 暴行・脅迫と財物移転との間の因果関係

2. 強盗利得罪 p130～131

[論点 1] 処分行為の要否

[論点 2] 民法上保護されない不法な利益（最判 S32.9.13・百 II 39）

[論点 3] キャッシュカードの暗証番号の聞き出し（東京高判 H21.11.16・百 II 41）

3. 強盗予備罪 p131～132

[論点 1] 事後強盗目的による強盗予備罪（最決 S54.11.19）

4. 事後強盗罪 p132

[論点 1] 財物奪取と暴行・脅迫の関連性（最判 H16.12.10・百 II 43）

5. 昏睡強盗罪 p132～134

6. 強盗致死傷罪 p134～135

[論点1] 殺人・傷害の故意を有する者も「強盗」に含まれるか（最判 S32.8.1 [強盗殺人罪]）

[論点2] 「死亡」「負傷」の原因行為

（論証1）機会説（最判 S24.5.28）

（論証2）限定機会説（密接関連性説）

[論点3] 原因行為についての暴行・脅迫の故意の要否

7. 強盗・強制性交等及び同致死罪 p135～137

[論点1] 負傷結果

[論点2] 殺意がある場合

[論点3] 強盗・強制性交等殺人罪の未遂・既遂

[論点4] 240条後段との関係

第5節. 詐欺罪 p138～145

1. 1項詐欺罪 p138～143

(1) 「財物」 p138

(2) 欺罔行為 p138～142

[法益関係的錯誤に関する判例]

- ・ 売主が代金相当額の商品の売買において当該商品の効能を偽ること（最決 S34.9.28・百II 48）
- ・ 買主が代金の支払時期を早めること（最判 H13.7.19・百II 49）
- ・ 他人名義のクレジットカードの利用（最決 H16.2.9・百II 55）
- ・ 旅券・保険証書・預金通帳の詐取（最判 S27.12.25、最決 H12.3.27、最決 H14.10.21）
- ・ 自己名義で普通預金口座を開設する際に実際の利用者と口座名義人との同一性を偽ること（最決 H19.7.17・H19 重判 9）
- ・ 航空機の搭乗券を購入する際に購入者と実際の搭乗者との同一性を偽ること（最決 H22.7.29・百II 50）
- ・ 反社会的勢力に当たる者が銀行預金口座の通帳・キャッシュカードの交付を申し込む際に自身が反社会的勢力ではないと偽ること（最決 H26.4.7・H26 重判 8）
- ・ 暴力団関係者がゴルフ場の施設利用を申し込む際に自身が暴力団関係者であることを秘すること（最判 H26.3.28・百 51）

[論点1] 処分行為における直接性の要件

[論点2] 意識的処分行為説／無意識的処分行為説

[論点3] 国家的法益に向けられた欺罔行為（最決 S51.4.1・百II 47）

[論点4] 不法原因給付物の詐取（最判 S25.7.4・百II 46）

(3) 「財物を交付させた」 p142

(4) 財産的損害 p142～143

(5) 故意 p143

(6) 不法領得の意思 p143

2. 2項詐欺罪 p143～144

[論点1] 物の引渡請求権（大判 T11.12.15、最決 S43.10.24）

[論点2] 不法な利益

3. 電子計算機使用詐欺罪 p144

4. 準詐欺罪 p145

5. 振り込め詐欺と還付金詐欺 p145

第6節. 恐喝罪 p146～149

1. 1項恐喝罪 p146～149

(1) 構成要件 p146～148

[論点1] 恐喝と欺罔の併用 (平成19年司法試験)

(2) 権利行使と恐喝 p148～149

ア. 他人が不法占有している財物の喝取

- ・他人が不法に占有している自己所有物を恐喝により取り戻す場合
- ・他人が不法に占有している第三者所有物を喝取する場合

イ. 債務弁済の手段として恐喝が用いられた場合

[論点2] 債務弁済の手段として恐喝が用いられた場合 (最判 S30.10.14・百II61)

2. 2項恐喝罪 p149

第7節. 横領罪 p150～160

1. 単純横領罪 p150～157

(1) 構成要件 p150～156

ア. 「物」 p150

イ. 「他人の物」 p150～154

[論点1] 共有物の「他人」性

[論点2] 二重売買

- ・「他人の物」
- ・「横領」の既遂時期
- ・第二譲受人についての共同正犯の成否

[論点3] 所有権留保特約付き売買の目的物

[論点4] 譲渡担保の目的物

(論証1) 売渡担保 (所有権は債権者に帰属し、債務者には買戻権があるにとどまる)

(論証2) 狭義の譲渡担保

[論点5] 寄託された金銭 (最判 S26.5.25・百II64)

[論点6] 不法原因給付物・寄託物

(論証1) 不法原因給付物

(論証2) 不法原因寄託物 (最判 S23.6.5・百II63)

[論点7] 盗品の保管を委託された者による不法処分 (大判 S13.9.1)

[論点8] 盗品の有償処分をあっせんした者による売却代金の着服 (最判 S36.10.10)

ウ. 「自己の占有」 p154～155

[論点9] 登記済不動産

[論点10] 預金

エ. 「横領」 p155～156

[横領に関する事案類型]

(類型1) 毀棄・隠匿 (大判 T2.12.16)

(類型2) 一時使用の意思

(類型3) 補填の意思・能力の存在 (東京高判 S31.8.9)

(類型4) 第三者に領得させる意思 (大判 T12.12.1)

(類型5) 本人 (委託者・所有者) のためにする意思 (最決 H13.11.5・百II67)

(3) 窃盗罪との関係 p156

(4) 罪数 p156~157

[論点11] 穴埋め横領

[論点12] 横領後の横領 (最大判 H15.4.23・百II69)

- ・委託信任関係
- ・不可罰的事後行為
- ・罪数処理

2. 業務上横領罪 p158~159

(1) 「業務」の意義 p158

(2) 他人の物の占有者でない者が業務上占有者による業務上横領に加功した場合 p158

[論点13] 他人の物の占有者でない者が業務上占有者による業務上横領に加功した場合 (最判 S32.11.19・百I94)

(3) 業務上占有者が非占有者との間で横領の共同遂行について合意した後に占有者たる身分を失い、窃盗を実現した場合 p159

3. 占有離脱物横領罪 (遺失物等横領罪) p159

4. 親族間の犯罪に関する特例 p159~160

[論点14] 255条・244条の親族関係が必要な人的範囲 (大判 T6.11.17)

[論点15] 後見人が255条・244条の親族関係にある被後見人の所有物を横領した場合 (最決 H20.2.18・百II35)

第8節. 背任罪 p161~163

1. 保護法益 p161

2. 構成要件 p161~162

[論点1] 「事務」は財産上の事務に限定されるか

[論点2] 「事務」の包括性・裁量性の要否

[論点3] 抵当権設定者の抵当権設定登記協力義務の「他人の…事務」性 (最判 S31.12.7・百II70)

[論点4] 背任罪における「財産上の損害」 (最決 S58.5.24・百II72)

[論点5] 図利加害の目的の程度

[論点6] 図利加害目的と本人図利目的とが併存している場合 (最決 H10.11.25・百II73)

3. 横領と背任の区別 p162~163

4. 取引行為の相手方の共同正犯性 p163

[論点7] 取引行為の相手方の共同正犯性 (最決 H15.2.8・百II74)

5. 親族間の犯罪に関する特例

第9節. 盗品等に関する罪 (盗品等関与罪) p164~167

1. 総論 p164

2. 行為類型 p164~166

[論点1] 窃盗の被害者に盗品の取戻しを依頼された者が、買い戻した盗品を被害者の下へ運搬する場合

[論点2] 知情後の保管継続 (最決 S50.6.12・百II76)

[論点3] 「有償の処分のあるせん」の意義 (本罪の成立時期) (最判 S26.1.30)

[論点4] 将来窃取すべき物の売却のあるせん

[論点5] 本犯の被害者を相手方として盗品等の有償処分のあるせんをする場合 (最決 H14.7.1・百II75)

3. 本犯と盗品等関与罪の関係 p166～167

4. 親族等間の犯罪に関する特例 p167

[論点 6] 257条の親族関係が必要とされる人的範囲 (最判 S38.11.8)

[論点 7] 盗品等関与罪の犯人相互間に 257条の親族関係がある場合 (最判 S38.11.8)

第10節. 毀棄・隠匿罪 p168～169

1. 基本的な構成要件 p168

2. 行為類型 p168～169

[論点 1] 建造物等損壊罪と器物損壊罪の客体の区別 (最決 H19.3.20・百II79)

[論点 2] 建造物の外観・美観の汚損 (最決 H18.1.17・百II80)

[論点 3] 信書隠匿罪における「隠匿」の意義

第3部 各論(2) 社会的法益に対する罪

第1章 公共危険罪 p171～175

第1節. 騒乱罪 p171

第2節. 放火罪・失火罪 p171～174

1. 現住建造物等放火罪 p171～173

[論点 1] 延焼の危険や客体内部の人の生命・身体に対する危険がおよそ存在しない場合

[論点 2] 放火時点における人の現在の要否 (最決 H9.10.21・百II84)

[論点 3] 居住者の承諾

[論点 4] 居住者全員の殺害後の放火

[論点 5] 複合建造物の一体性 (最決 H元.7.14・百II83)

[論点 6] 建造物の内部的独立性(1) エレベーター (最決 H元.7.7・百II82)

[論点 7] 建造物の内部的独立性(2) 不燃性・難燃性建造物

[論点 8] 「焼損」の意義 (最判 S25.5.25 百II81)

2. 他人所有非現住建造物等放火罪 p173

3. 自己所有非現住建造物等放火罪 p174

[論点 9] 「公共の危険」の意義 (最決 H15.4.14・百II85)

[論点 10] 「公共の危険」の認識

4. 建造物等以外放火罪 p174

[論点 11] 公共の危険の認識(1) 110条1項 (最判 S60.3.28・百II86)

[論点 12] 公共の危険の認識(2) 110条2項

5. その他 p174

第3節. 出水罪 p175

第4節. 往来妨害罪 p175

第5節. 公衆の健康に対する罪 p175

第2章 取引等の安全に対する罪 p176～183

第1節. 通貨偽造罪 p176

1. 通貨偽造罪
2. その他

第2節. 文書偽造罪 p177～182

1. 保護法益 p177
2. 形式主義と実質主義 p177
3. 基本的な構成要件 p177～179

(1) 「文書」 P177～178

[論点 1] 作成名義人の認識可能性

[論点 2] 原本性 (写しの文書性) (最判 S51.4.30・百II 88)

(2) 作成者・作成名義人 P178

(3) 「偽造」 P178

(4) 「変造」 P178～179

(5) 「行使」 P179

[論点 3] 行使の相手方 (最決 H15.12.18)

4. 行為類型 p179～182

(1) 詔書偽造等罪 p179

(2) 公文書偽造等罪 p179

[論点 4] 補助的公務員の作成権限 (最判 S51.5.6・百II 91)

(3) 虚偽公文書作成等罪 p180

[論点 5] 私人による間接的無形偽造 (最判 S27.12.25)

[論点 6] 公務員による間接的無形偽造 (最判 S32.10.4・百II 92)

(4) 公正証書原本不実記載等罪 p180

[論点 7] 私人が権限ある公務員と共謀して虚偽の申立てをしたことにより公正証書の原本に不実の記載がなされた場合 (大判 M44.4.27)

(5) 偽造公文書行使等罪 p180

(6) 私文書偽造等罪 p180～182

[論点 8] 私人による私文書偽造等罪の間接正犯

[論点 9] 無権代理・代表名義の文書の作成 (大判 M42.6.10、最決 S45.9.4・百II 93)

[論点 10] 作成権限の逸脱・濫用 (大判 M42.12.13、大判 T8.7.9)

[論点 11] 通称・偽名の使用 (最判 S59.2.17・百II 94、最判 H11.12.20)

[論点 12] 肩書・資格の冒用 (最決 H5.10.5・百II 95)

[論点 13] 名義人の承諾 (最決 S56.4.8・百II 97)

(7) その他 p182

第3節. 有価証券偽造罪 p183

第4節. 支払用カード電磁的記録に関する罪 p183

第5節. 印章偽造罪 p183

第6節. 不正指令電磁的記録に関する罪 p183

第3章 風俗に対する罪 p184

- 第1節. わいせつ及び重婚の罪
- 第2節. 賭博及び富くじに関する罪
- 第3節. 礼拝所及び墳墓に関する罪

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 p185

- 第1節. 内乱に関する罪
- 第2節. 外患に関する罪

第2章 国交に関する罪 p185

第3章 国家の作用に対する罪 p186~197

第1節. 公務の執行を妨害する罪 p186~187

1. 公務執行妨害罪 p186~187

- [論点1] 「職務」の範囲(最判 S53.6.29)
- [論点2] 職務執行の範囲(最判 S53.6.29、最決 H元.3.10・百II114)
- [論点3] 職務の適法性(最判 S42.5.24・百II112、最決 S41.4.14・百II113)
- [論点4] 間接暴行(最決 S34.8.27)
- [論点5] 公務員の補助者に対する暴行(最判 S41.3.24・百II115)
- [論点6] 暴行・脅迫の程度(最判 S33.9.30)

2. その他 p187

第2節. 逃走の罪 p188

第3節. 犯人蔵匿及び証拠隠滅の罪 p189~192

1. 犯人蔵匿等罪 p189~190

- [論点1] 真犯人逮捕後における身代わり犯人の出頭(最決 H元.5.1・百II122)
- [論点2] 参考人による被疑者との口裏合わせに基づく虚偽供述(最決 H29.3.27・百II123)
- [論点3] 犯人が他人を教唆して自己を「蔵匿」等させた場合(最決 S40.2.26、最決 S60.7.3)
- [論点4] 犯人が共犯者を「蔵匿」等する場合(旭川地判 S57.9.29)

2. 証拠隠滅等罪 p190~192

[論点1] 参考人の虚偽供述についての証拠偽造罪の成否

(論証1) 参考人が捜査機関に対して虚偽供述をしただけの場合(大判 S9.8.4、最決 S28.10.19)

(論証2) 参考人が捜査機関に対して虚偽供述をした結果として内容虚偽の供述調書が作成された場合(千葉地判 H7.6.2、最決 H28.3.31・百II119)

(論証3) 参考人が自ら内容虚偽の供述書を作成した場合

[論点2] 共犯者の刑事事件に関する証拠の隠滅等(大判 T7.5.7、大判 T8.3.31)

[論点3] 犯人が他人を教唆して自己の刑事事件に関する証拠を隠滅等させた場合(大判 S7.12.10、大判 S12.11.9)

3. 親族による犯罪に関する特例 p192

[論点1] 親族が第三者を教唆して犯人蔵匿等を行わせた場合(大判 S8.10.18)

[論点 2] 第三者が親族を教唆して犯人蔵匿等を行わせた場合

[論点 3] 犯人が親族を教唆して犯人蔵匿等を行わせた場合

[論点 4] 親族が犯人を教唆して自己蔵匿等を行わせた場合

4. 証人等威迫罪 p192

第4節. 偽証の罪 p193

[論点 1] 「虚偽の陳述」の意義 (大判 T3.4.29・百II 120)

[論点 2] 被告人が自己の刑事事件について他人に偽証を教唆した場合 (最決 S32.4.30 等)

第5節. 虚偽告訴の罪 193

[論点 1] 「人」の意味

第6節. 職権濫用罪 p193

第7節. 賄賂罪 p194~199

1. 保護法益 p194

2. 基本的な構成要件 p194~196

(1) 「賄賂」 p194

[論点 1] 社交儀礼としての贈与 (最判 S50.4.24・百II 104)

[論点 2] 時価相当額での土地売買による換金の利益 (最決 H24.10.15・百II 103)

(2) 職務関連性 p194~196

[論点 3] 一般的職務権限に属する行為 (最決 H17.3.11・百II 105 等)

[論点 4] 職務密接関連行為 (最決 S59.5.30・百II 106、最決 H18.1.23・H18 重判 10)

[論点 5] 違法 (不正) な職務 (最決 H22.9.7・H22 重判 12)

[論点 6] 過去の職務 (既に終了した職務)

[論点 7] 転職前の職務 (最決 S58.3.25・百II 109)

[論点 8] 将来の職務

(3) 主観的要件 p196

3. 行為類型 p196~199

(1) 単純収賄罪 p196~197

(2) 受託収賄罪 p197

(3) 事前収賄罪 p197

[論点 9] 「公務員になった場合」の意味

(4) 第三者供賄罪 p197

(5) 加重収賄罪 p197

(6) 事後収賄罪 p197~198

(7) あっせん収賄罪 p198

(8) 没収・追徴

(9) 贈賄罪 p198~199

[論点 10] 「あっせん」の意味 (最決 S43.10.15)

[論点 11] 公務員の詐欺や恐喝による賄賂の供与等

第1部 総論

第1章 序論

第1節. 刑法の意義

C 総まくり1頁

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。

第2節. 刑罰の目的

C 総まくり1頁

通説は、刑罰について、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を基本に据えながら、②社会統制の手段としての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）。

第3節. 犯罪の本質

C 総まくり1頁

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）。

第4節. 刑法の機能

C 総まくり2頁

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。

第5節. 刑法の基本原則

C 総まくり2~4頁

刑法の法益保護機能から①法益保護主義が、刑法の自由保障機能から②責任主義と③罪刑法定主義が導かれる。

③罪刑法定主義の内容は、①法律主義（憲法31条）④遡及処罰の禁止（憲法39条、刑法6条）、⑤類推解釈（適用）の禁止、⑥絶対的不定期刑（絶対不確定法定刑）の禁止、⑦刑罰法規の明確性（憲法31条）、⑧刑罰法規の内容の適正さ（憲法31条：無害行為の処罰禁止・過度の広汎性の原則・刑罰の不均衡の禁止）である。

第6節. 犯罪論の体系

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。

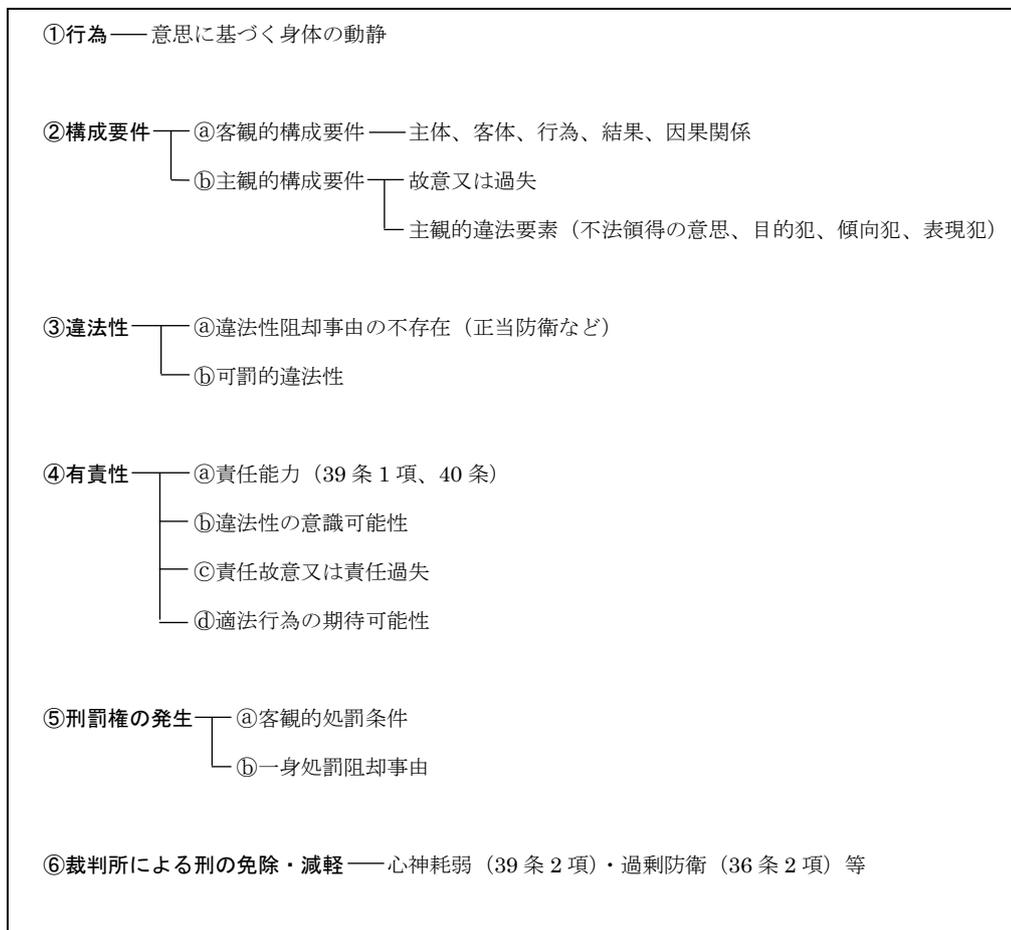
第1に、犯罪は「行為」でなければならない。ここでいう「行為」とは、意思に基づく身体の動静を意味する。

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。

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。

[犯罪論の体系]



第2章 構成要件該当性

第1節. 意義及び機能

B 総まくり 6頁

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。

第2節. 構成要件の要素

B 総まくり 6頁

構成要件は、客観的構成要件要素と主観的構成要件要素に分類される。

第3節. 実行行為

B 総まくり 6頁

実行行為は、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いう。

第4節. 正犯

A 総まくり 7～19頁

正犯としての構成要件該当性が認められるためには、実行行為を自ら行った正犯であると評価できる必要がある。これには、実行行為を自ら直接に行う直接正犯と、他人を利用して間接的に行う間接正犯がある。

1. 間接正犯の成立要件

[論点 1] 間接正犯の成立要件

A

間接正犯は、通常は、正犯性として論じられる。もっとも、被害者の行為を利用する類型では、実行行為性として論じるべきである。

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。

2. 間接正犯の体系上の位置づけ

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。したがって、間接正犯の問題は、第三者の行為を利用した事案では、実行行為を行った者として正犯となるのは利用者と被利用者(第三者)のいずれであるかという形で、正犯性として議論されることになる。

被害者を利用した事例では、被害者による実行行為を観念することができない以上、間接正犯の問題について、実行行為を行った者として正犯となるのは利用者と被利用者(被害者)のいずれであるかという形で、正犯性として議論することはできない。そこで、利用者による実行行為を認める余地があるのかという形で、実行行為性の問題として間接正犯を論じることになる。

なお、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。例えば、甲が乙に命令して自殺を強制したという事案では、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、甲が被害者乙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（被害者乙に命令してやらせようとした行為には、被害者乙死亡の現実的危険性が認められるか）について検討する必要がある。

3. 間接正犯の諸類型

(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。

イ. 責任能力に欠ける者の行為

例えば、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。

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。

最決 S58.9.21・百174

例えば、被利用者が機械的に動いただけであり、自己が利得する意思もない場合には、意思の抑圧による道具性が認められる傾向にある。

大阪高判 H7.11.9

反対に、被利用者が自己の意思により犯罪の実行を決意し、臨機応変に対処して犯罪を完遂したなどの場合には、道具性が否定される。この場合、利用者は共謀共同正犯となるのが通常である（共謀共同正犯の成立要件が否定されるときは、教唆犯となる。）。

最決 H13.10.25

(2) 被害者の行為の利用

例えば、被害者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1] 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、脱出する意図が運転者にあった場合でも、飛び込んだ際の衝撃

A

最決 H16.1.20・百173

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うことができる。」

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。」

(答案)

1. 殺人罪と自殺教唆の区別

Vは死亡していないところ、XがVに対して車ごと海に飛び込むように命令した行為は、殺人未遂罪(203条、199条)と自殺教唆未遂罪(203条、202条前段)のいずれを構成するか。

(1) 両罪は「自殺」の「教唆」の有無により区別される。そして、「自殺」の「教唆」は、被教唆者の自殺意思がその自由意思により形成されたことを前提とする。そこで、被害者が行為者から命令された行為以外を選択することができない精神状態に陥っていた場合には、被殺者の自由な意思決定を前提とする「自殺」の「教唆」は認められず、行為者が自殺を強制する行為は殺人罪を構成し得ると解する。

(2) …略… (当てはめ)

Xの行為は「自殺」の「教唆」に当たらず、殺人未遂罪を構成し得る。

2. 間接正犯の成立要件

Xの行為に殺人罪の実行行為性が認められるか、間接正犯の成否が問題となる。

(1) …略… (論証)

(2) Xは、V殺害という自己の犯罪を実現することを内容とする正犯意思に基づき (①)、Vに命令し、これによりVを前記の心理状態に陥らせているのだから、心理的強制によりVを一方的に利用・支配することで道具として利用したともいえる (②)。したがって、間接正犯が成立し、Xの行為に殺人罪の実行行為性が認められる。

3. 殺人罪の実行行為

(1) …略… (実行行為の定義)

(2) Vの行為 (自ら車ごと海に転落する行為) にV死亡の現実的危険性が認められれば、これを強制するXの行為は、V死亡の現実的危険性があるとして殺人罪の実行行為に当たる。¹⁾

4. 故意

(1) まず、XはVに対して自殺を教唆するつもりで殺人未遂罪を実現しているとして、抽象的事実の錯誤により殺人罪の故意が阻却されるのではないかが問題となる。仮に抽象的事実の錯誤に該当するのであれば、38条2項の適用により殺人未遂罪の成立が否定され、構成要件の符合説からは自殺教唆未遂罪の成立が認められることになる。しかし、Xは、自己の脅迫によりVが車ごと海に転落するという死亡の現実的危険性のある行為以外を選択することができない精神状態に陥り同行為に及ぶという、殺人罪を基礎づける事実を認識していたといえる。したがって、Xには抽象的事実の錯誤は認められない。

(2) 次に、Xには、Vが自殺意思に基づかないで上記行為に及んだという意味で、Vが上記行為に及んだ因果経過についても錯誤がある。

もっとも、因果関係の錯誤では、認識した因果経過と実際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以上、行為規範の問題が与えられていたといえるから、故意は阻却されないと解する。したがって、具体的事実の錯誤として殺人罪の故意が阻却されることもない。

5. よって、殺人未遂罪が成立する。

[判例2] 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に与えて嚥下させ、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

A

最判 S33.11.21・百II1

¹⁾ 利用者標準説に立つとしても、間接正犯者による利用行為が実行行為に当たるというためには、間接正犯者が被利用者にやらせようとしていた行為が結果発生 of 現実的危険性を有することが必要である。利用者標準説は、利用行為時における被利用者の行為により結果発生に至る確実性・自動性を根拠にして、被利用者の行為による結果発生 of 危険性を前倒しする見解だからである。