

刑法プレ講義

第1 刑法という科目について

1 理論科目

- ・刑法総論では、行為無価値（ルールを逸脱した行動を処罰するとの考え方）・結果無価値（犯罪結果に着目して処罰すべき行為を選別する考え方）が対立。
- ・「罪」「行為」の捉え方が異なる。学者の先生方により考え方が区々。
- ・判例は場当たりの判断（ケースさえ解決できれば良いと考えている）であり、判例同士が矛盾していることもある。

⇒「理論的にスッキリしない」ままいくしかない。

トップクラスの司法試験合格者でも「刑法はよくわからない」と口にする。

⇒予備試験・司法試験合格レベルの答案を書くのは容易良い科目。

- 合格レベルの答案を書くことを目標にする。
- × 刑法理論を完璧に理解する。

2 合格レベルの答案の特徴

- (1) 後述する答案の型を守っている。
- (2) 事実を沢山使用している。
- (3) 事実の評価が加えられている。
- (4) 罪名があっている（有りうる罪名になっている）。
- (5) 論理矛盾がない。
- (6) 刑法各論の知識が正確である。
構成要件の定義が正確に記載されている。

⇒ これらの要件を全て満たす答案を目指すこと。
反復練習をして慣れること。

3 刑法答案の型

次の事例を検討してみよう。

次の事例について、甲の罪責を論ぜよ。

甲は、妻Xからヒモ呼ばわりさせたり、罵られたことで激昂し、台所から包丁を取り出し、Xに向かっていき、驚いて逃げようとしたXに向かっていき、驚いて逃げようとしたXを居間に仰向けに押し倒して、殺意をもって、包丁で胸部を数回突き刺した。

甲は、重傷をおったXが玄関から逃げ出そうとすると、包丁を持ったまま後を追って居間に連れ出したところ、Xが謝罪したので、台所に包丁を置きに行った。

ところが、Xが、ベランダに逃げ出した上、両足をベランダ手すりにのせ、背中をベランダの外側に向けて、ひざを曲げた状態で、手すり伝いに隣家に逃げ込もうとしていたので、甲は、ガス中毒させるために、Xを連れ戻そうとして、Xに掴みかかったところ、Xがこれを避けようとして、バランスを崩し、ベランダ（9階）から転落して死亡した。

(1) 事案処理の手順

(事案の整理作業)

・「ピックアップ作業」

行為をピックアップする。そもそも行為とは・・・??

* 意思によって支配可能な身体の動静（態度）をいう

・「処罰対象とする行為を選別・整理する作業」

実行行為とは何か？結果からの思考（検察官の思考：起訴する行為の選別）

* 上級者は、行為の一体性の把握についても気をつけること

(罪責の検討)

・行為者毎に考えるのがセオリー。

直接手を下した者から検討すること。

例) A が、B に対して、「YOU。そこのバックを盗んじゃいなよ。」と命令し、
B は、バックをとり自己の懐に隠した。

A が何罪に問われるかは、B に何罪が成立するかに左右される。B には、窃盗罪・遺失物横領罪の可能性もある。A は窃盗罪の教唆犯・遺失物横領罪の教唆犯の可能性もあるが、これは B に何罪が成立するかに左右される。

・具体的な罪責の検討は、「構成要件該当性」（条文該当性）「違法性阻却事由」「責任阻却事由」⇒犯罪成立・「処罰阻却事由」の順番で検討する。

* 1 人が複数の行為をしている時は、罪数処理をする。

・ 共犯者がいる場合は、共犯処理もする。

さあ、実践してみよう。

旧司法試験平成16年度 第1問

- ・刑法の答案の型（基本）
- ・事実に対する評価の仕方（基本）
- ・論点の組み込み方（応用）

第1 甲の罪責について

1 A宅の玄関に立ち入った行為

甲は、A宅という人が起臥寝食に利用する「住居」にAの意思に反して立ち入っている。上記行為に住居侵入罪（130条前段）が成立する。

2 出刃包丁で腹部を突き刺した行為

(1) 犯罪の成否

出刃包丁という人を殺すことのできる凶器を用いて人体枢要部である腹部を突き刺す行為は、自然期に先立ち生命を断絶する危険性を惹起する行為といえ「人を殺す」行為に該当する（199条）。

もっとも、Aは、一命を取り留めているので、上記行為は、殺人未遂にとどまる（203条・199条）。

また、Aは、上記行為の危険性を認識し、行為時死亡結果が生じても構わない（認容）と思い行為に及んでいることから、少なくとも未必の故意（38条1項）が認められる。

なお、行為後、119番通報を頼むなどし救命を一応試みているが、この心理は行為後大量の出血を見て後悔したことが原因であり、これをもって行為時に殺人結果を認容していなかったことにはならないと考える（ここはなくても構わない）。

以上より、上記行為には殺人未遂罪（203条・199条）が成立する。

(2) 中止犯の成否

もっとも、甲は「大変なことをした。」と悔悟し、止血し119番通報を試みている。

甲は、血に驚愕したに過ぎず、大変なことをしたと思う精神的余裕を持っている。そうすると、驚愕は一時的なものに過ぎず、しばらくすれば冷静さを取り戻すことは可能であると考えられる。とすれば、甲は、後抵抗できないAに止めをさすことは十分できたといえる。

そうすると、甲は、自ら実行行為を継続しようと思えばできたにもかかわらず自発的に犯行を止めており（規範を姑息に出す）「自らの意思」により（43条ただし書き）に該当する。

もっとも、甲は、乙から「119番通報した。あとはまかせろ。」と言われたことを真偽を確かめず、その場を立ち去っている。甲は、乙の言葉の真偽を確かめることは容易であり、また、Aの状況をよく知っている者として病院に付き添い状況を説明するべきであった。それにもかかわらず、これらを実践していない。また、Aが一命をとりとめたのは近所の者が通報したからにすぎず、甲はなんら寄与していない。よって、甲は、自らの行為の非難を減少させるに足りる真摯な償いとしたとはいえず、「中止した」とはいえない。

よって、中止犯は成立せず、43条ただし書きは適用されず、刑は必要的減免されない。

(3) 以上より、住居侵入罪と殺人未遂罪が成立し両罪は牽連犯（54条1項後段）となる。

第2 乙の罪責

乙は、甲が去ったあと救助せずに放置している。

上記不作為が「人を殺す」（199条）行為に当たるか。検討する。

実行行為とは構成要件的结果惹起の現実的危険性を有する行為をいい、構成要件的结果惹起の危険性は不作為によっても生じさせることができる以上、実行行為から排除されるべきではない。

そこで、作為による場合と同程度の危険性を生じさせるものであれば、「人を殺す」に該当すると考える。具体的には、①作為の可能性・容易性があり、②法的作為義務等の観点から考察する。

本件では、①乙は、携帯電話で119番通報し救急車を呼ぶことや近所の人に救助を要請することができ、また、これらを実践することは容易である。②そして、乙は、甲から「119番通報や救助」を要請させており、これを引き受けている。Aは玄関「内」で倒れているところ、外部から観察しにくく他人から救助されにくい状況にある。そうすると、Aの命運は乙に委ねられたといえ、乙の行動次第でAの命運が左右されうる状況にあったといえる。また、Aは甲が驚愕するほど大量出血するなど重傷を負っている。

この状況における乙の不作為は、人を殺す危険性を持ったものであると考え

られ、乙は、甲から救助を委ねられた時点（不作為は時点を特定することが極めて大切である）において A を救助するなどの作為義務（作為義務の内容を具体的に示す）をおっていたといえる。そうすると、乙の行為は「人を殺す」に該当する。

もっとも、A は死亡していないが、乙は殺人の故意をもって上記行為に及んでいる。

よって、乙の行為には、殺人未遂罪が成立する。

不作為犯について

基礎知識確認

1 行為の特定

いつから、いつまでの不作為を問題にしているかを明確に。

2 構成要件該当性

当該不作為が、「人を殺す」といえるかが問題。

→ あくまで構成要件該当性の問題

論証：

不作為でも法益侵害をすることは可能 ⇔ 不作為は無限に観念しうる

→ 作為と構成要件同価値性を有する不作為のみを罰すべき

①☒ 法的作為義務・②作為の可能性・容易性を考慮して判断する

⇔法的作為義務：刑法的法的作為義務

→違反すれば刑罰が科される強度の義務⇔ 民法上の法的義務。

当該不作為が人を刺し殺すのと同程度の危険性を持つことを説明する。

⇔不作為＝人をぶっ殺すほど危険だということを書く必要がある。

考慮要素：法令・契約…監護権・準委任契約

：先行行為（自己の行為により具体的な危険を生じさせること）

：排他的支配・保護の引受け→この人が助けなければ、Vが必ず死亡する。ということまで論じて初めて法的作為義務が生じる

* 判例：排他的支配・保護の引受けの有無を重視。

旧司法試験平成11年度 第2問

- ・共犯関係の処理
- ・財産犯の処理の仕方（基本）

第1 甲の罪責

甲は、A に対して「指定した口座に400万円を振り込まなければ、商品の毒を入れるぞ。」と申し向け、200万円を指定口座に・残り200万円を（意に反して）乙の口座に振り込ませている。

通常、食品に毒を入れられた場合、食品会社の信用低下を招き経営が破綻する。そうすると、甲の言葉は、犯行を抑圧するに足りない程度の害悪の告知といえ、「恐喝」（249条）に該当する。また、口座にお金が振り込まれた場合、すぐに利用することができるのが通常である。

そうすると、口座にお金を振り込ませることは「財物」を交付させるに等しい。したがって、上記行為はA に対する200万円の恐喝罪が成立する。

もっとも、A は、残り200万円を乙の口座に謝って振り込んでいる。

甲と乙は支配下にある等の人的な関係はない以上、甲は、残り200万円についてA の事実上の支配を取得したとはいえない。

したがって、恐喝未遂罪が成立するにすぎない。

以上より、甲は、200万円の恐喝罪及び200万円の恐喝未遂罪が成立し観念的競合（54条1項前段）として処理される。

第2 乙の罪責

1 窓口で100万円を引き出した行為

誤振り込みがあった場合、民法上債権を取得することになるが、実質的には取得する正当な権限はなく、しかも、銀行は誤振り込みについて通常であれば組戻すことで本来の持ち主に返金するなどの措置をするのであるから、口座の名義人は銀行に対し信義則上誤振り込みであることを告知する義務を負う。

それにもかかわらず、誤振り込みであることを秘匿することは、財物交付に向けて錯誤に陥らせる危険性を有する行為として「欺く行為」（246条1項）に該当する。

本件では、100万円について誤振り込みがなされた以上、乙は、気づいた時

点で、銀行員に対して誤振り込みであることを告げる信義則上の告知義務を負っていた。しかしながら、乙は、これをせず窓口の係員から引き出している。窓口の係員からすれば、誤振り込みであることを告げられなければ口座名義人が真の権利者であると信じるのが通常である。そうである以上、誤振り込みであることを秘匿して引き出す行為は、真の権利者であると偽り財物を交付させる行為であり「欺く行為」にあたる。

そして、係員は乙を真の権利者であると誤信し意思に基づき100万円の支配を移転しているのであるから、「財物を交付」したといえる。

よって、上記行為に詐欺罪（246条1項）が成立する。

2 では、丙に対して事情を話しした行為はどうか。

後述するように、丙には窃盗罪が成立する（235条）。

そして、乙は、丙と①誤振り込みされたお金について自らのものにする意思を共有し窃盗を共にしようと心理疎通し、②乙は情報提供し、丙は実行部隊として稼働することで相互に利用補充し合い実行行為をしている。よって、乙は、上記行為につき70万円分について、窃盗罪の共同正犯の罪責を負う。

なお、甲が引き出した30万円について、少なくとも誤振り込みであることの認識を欠いている以上故意がないので、犯罪は成立しない。

第3 丙の罪責

丙はATMから107万円引き出している。かかる行為は、Aの意思に反して財物を自己の事実上の支配に移す行為であり、引き出した時点において「窃取」に該当する。

上述のように丙は甲と共同して行っている以上、上記行為に窃盗罪の共同正犯が成立する。

いかなる範囲で窃盗罪が成立するか検討するに、甲はもともと37万円の預金を有していたから、37万円については自己の有する財産であり、対象から除外されるべきである。

甲が当初引き出した30万円が上記自己の金銭であると思われるが、金銭の個性がない以上、当初の30万円を自己の金銭であると決めつけることはできない。

そこで、疑わしきは被告人の利益にとの利益原則（憲法31条）に立ち返り考察する。最も被告人に有利になるのは、当初の30万円は誤振り込みであると考え（故意がないので犯罪不成立）、残りの207万円の中に170万円の誤振り

込み・37万円の自己の金銭が含まれていると考える。

そうすると、甲に100万円の詐欺罪・窃盗については引き出した107万円の中37万円が自己のものなので70万円の限度で成立すると考える。 以上

平成15年3月12日判例 誤振込事案

【判例のポイント】

誤振込があったことを知りながら預金の払い戻しを請求する行為は、欺罔行為にあたるか。誤振込を受けた受取人に振込金相当額の普通預金債権の取得を認めた平成8年民事判例との関係で問題。

【事案の概要】

被告人が、自己の預金口座に誤った振込みがあったことを知りながら、これを銀行窓口係員に告げることなく預金の払戻しを請求し、同係員から、現金の交付を受けた事案。

【要旨】

振込依頼人と受取人である被告人との間に振込みの原因となる法律関係は存在しないが、このような振込みであっても、受取人である被告人と振込先の銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、被告人は、銀行に対し、上記金額相当の普通預金債権を取得する（最高裁平成8年4月26日第二小法廷判決参照）。

しかし他方、記録によれば、銀行実務では、振込先の口座を誤って振込依頼をした振込依頼人からの申出があれば、受取人の預金口座への入金処理が完了している場合であっても、受取人の承諾を得て振込依頼前の状態に戻す、組戻しという手続が執られている。また、受取人から誤った振込みがある旨の指摘があった場合にも、自行の入金処理に誤りがなかったかどうかを確認する一方、振込依頼先の銀行及び同銀行を通じて振込依頼人に対し、当該振込みの過誤の有無に関する照会を行うなどの措置が講じられている。

これらの措置は、普通預金規定、振込規定等の趣旨に沿った取扱いであり、安全な振込送金制度を維持するために有益なものである上、銀行が振込依頼人と受取人との紛争に巻き込まれないためにも必要なものといえることができる。また、振込依頼人、受取人等関係者間での無用な紛争の発生を防止するという観点から、社会的にも有意義なものである。したがって、銀行にとって、払戻請求を受けた預金が誤った振込みによるものか否かは、直ちにその支払に应ずるか否かを決する上で重要な事柄であるといわなければならない。これを受取人の立場から見れば、受取人においても、銀行との間で普通預金取引契約に基づき継続的な預金取引を行っている者として、自己の口座に誤った振込みがあることを知った場合には、銀行に上記の措置を講じさせるため、誤った振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があると解される。社会生活上の条理からしても、誤った振込みについては、受

取人において、これを振込依頼人等に返還しなければならず、誤った振込金額相当分を最終的に自己のものとするべき実質的な権利はないのであるから、上記の告知義務があることは当然というべきである。そうすると、誤った振込みがあることを知った受取人が、その情を秘して預金の払戻しを請求することは、詐欺罪の欺罔行為に当たり、また、誤った振込みの有無に関する錯誤は同罪の錯誤に当たるといふべきであるから、錯誤に陥った銀行窓口係員から受取人が預金の払戻しを受けた場合には、詐欺罪が成立する。