

補助レジュメ⑥

令和3年4月7日

辰巳専任講師・弁護士 金沢幸彦 講師

第1 刑法の書き方（総論）

- 1 刑法の論文では、例えば、「甲の罪責について論ぜよ」といった出題がなされる。
 - (1) この場合には、甲という人物が行った行為のうち、刑法上問題となりそうな「行為」を取り出して、その行為につき、或る犯罪が成立しないかを論ずることが求められている。
 - (2) もちろん成立する罪は一つではない場合が多い。成立する犯罪が複数考えられるとき、法条競合の関係にある犯罪であれば、重いほうの犯罪から検討する。（平成29年の横領と背任，平成24年の業務上横領と背任，平成23年の殺人と傷害）
 - (3) さらに実際の問題においては、「甲」だけでなく「乙」「丙」「丁」といった複数人の罪責を問われる場合がほとんどである（誰の罪責を問われているのか？を見誤らないように注意が必要である。）。
- 2(1) 上記の「行為」は特定しなければならない。問題文の事実から抽出し、長くなりすぎないように少し要約して、「誰の・・・という行為」と特定するわけである。ここが曖昧だと出発点からしてずれることになる。
- 2(2) そのうえで、「誰の・・・という行為につき、〇〇罪が成立しないか？」と問題提起し、答案をスタートさせるわけである。この〇〇罪であるが、成立しそうな罪を選択する。

なお、〇〇罪か△△罪のどちらが成立するか微妙で、選択に悩むこともある。その場合の方法は少なくとも2つある。すなわち、①「甲の・・・という行為につき、〇〇罪または△△罪が成立しないか」と問題提起する方法、及び、②「甲には、〇〇罪が成立しないか」と、どちらか一方に絞って問題提起して、〇〇罪の成否を論じる中で△△罪との区別に触れるという方法である。①②のいずれを採用するかは好みによる。
- 3 検討対象となる行為と犯罪を選択した後は、刑法の体系的構造に沿った検討順序で論じてゆくことになる。論じる順序は以下の通りである。

もっとも、常にこれらすべてが問題となるわけではない。例えば、正当防衛や緊急避難等の事情がなければ、「II 違法性阻却」は論じなくてもいい。

I	構成要件該当性
①	実行行為（直接正犯・作為犯が原則）——実行行為の概念
②	結果
③	因果関係——判断基準
④	故意——故意責任の本質 過失——過失責任の本質
II	違法性阻却——違法性の本質 正当防衛・緊急避難・被害者の承諾の要件の解釈
III	未遂
①	中止犯の要件——中止犯の本質
②	不能犯と未遂犯の区別
IV	共犯
①	共同正犯の成立要件——共同正犯の処罰根拠・本質
②	教唆犯・幫助犯の成立要件——狭義の共犯の処罰根拠
V	罪数論（配点あり）

第2 刑法の論じ方（詳論）その①

1 構成要件該当性

(1) 実行行為性

「客観的構成要件要素の意義」をそれぞれ正確に理解した上で、問題文中に表れている各種事情を的確に当てはめていく”ことが求められる。これは趣旨規範本に掲載されているものを英単語暗記のごとく正確に暗記しておくことで準備する。

(2) 結果

結果が発生している場合には、それを明示する。

(3) 因果関係

行為と結果とのつながりを示すものである。

因果関係の有無については、判断基準を正確に理解しておくことが必要である。

「相当因果関係論」で論じる方法もあるが、「危険の現実化」という考え方で処理する方法が現在ではメジャーである。

(4) 故意・過失

故意は、基本的に責任要素ではあるが、構成要件の故意を論じなければ、そもそも何罪を検討するのかターゲットが絞れないことになるから、この段階で検討する。故意は「構成要件の結果発生を認識・認容すること」であり、簡潔に定義を示して当てはめる。

過失は、注意義務違反のことであり、注意義務違反の行為自体が実行行為と同じよ

うに考えられる。そこで、構成要件段階で検討することが一般的である。この場合には、旧過失論的な考え方によったほうが書きやすい。

2 違法性

(1) ここでは、違法性阻却事由の有無を検討する。つまりは、正当防衛、緊急避難、(稀に) 正当行為に該当するような事情が問題文からうかがわれる場合に、これらの成否を論じるわけである。

(2) 問題提起

そして、刑法の「構成要件→違法性→責任」という体系的理解のうえでは、これらが成立する場合(例えば、正当防衛が成立する場合)には、違法性が阻却される結果、当該犯罪は成立しない(その犯罪については無罪)ということになる。そこで問題提起をするにあたっては、「もっとも本問では、・・・反撃として行われたという事情がある。そこで、正当防衛が成立し、違法性が阻却されないか」というように、体系的理解を示す記述をすることが望ましい。「もっとも本問では・・・事情がある。そこで正当防衛が成立しないか」で「止めて」問題提起するよりもはるかに体系的理解を示すことができるはずである。

(3) 論じ方

ア 正当防衛、緊急避難においては、特に成立要件の丁寧な検討が要求される。具体的には①各要件の意義等を、条文の文言の解釈の形で正確に理解し、それを正確かつコンパクトに記載すること(文言を引用して当てはめるのでは不十分である)。これは趣旨規範本レベルで十分であるから正確に記憶する。②問題となりそのような要件だけではなく、すべての要件を検討すること(ただし、メリハリが大事。問題が少なそうな要件は短い記載でもよい)。③各要件の当てはめにあたっては、⑦問題文の事情をなるべく多く拾うこと④拾った事実については、しっかり評価を加えることが求められる。

イ 正当防衛や緊急避難が問題となること自体は、問題文から明らかである場合が殆どである。そこで、この分野は受験生のレベルが高い。

上記の①が不正確というのは論外である。②を検討できていない答案も中位以下の答案を中心に、一部見られる。しかし、合格しうるレベルの答案は①②で取りこぼしが少ないのが特徴である。

正当防衛や緊急避難が出題された場合には、勝負所は③の当てはめである。

⑦正当防衛を肯定する方向の事実だけではなく、これを否定する方向の事実も含めて、事実は広く拾わなければならない(事実にも配点がある)。特に体格差など、誰もが拾う事実は拾えないと「痛い」。④拾った事実には評価を加えなければならない。ここが勝負を分ける。(次回補助レジュメ「刑法の論じ方(詳論)その②」に続く)

以上

参考資料

【平成22年度刑事系第1問】当時の合格者の答案

Memo

P.1 第1 甲の罪責

2 1 甲には殺人既遂罪(刑法199条)が成立するかどうか
3 かが問題となる。

4 2 客観的構成要件要素

5 (1) まず殺人の実行行為があるか。

6 ア 甲は被害者のVを放置したにすぎず、作為による
7 実行行為を行っていない。このような場合にも
8 殺人罪が成立しうるのか。すなわち不真正不作為
9 犯の肯否が問題となる。

10 思うに、刑法が保護する法益を不作為の形で侵
11 害することは可能である以上、不真正不作為犯は
12 肯定すべきである。もっとも刑法の人権保護機能
13 より、処罰範囲を限定する必要がある。そこで、①
14 作為義務があり②作為可能性があり③同価値性がある
15 場合にのみ、不真正不作為犯としての実行行為
16 が認められるものとする。

17 イ ①作為義務について

18 (ア) 本件では、甲はVの配偶者という身分上の地位
19 があり、Vを扶助する法律上の義務がある。

20 (イ) 次に、Vはアレルギー反応による呼吸困難とい
21 う重篤な状況にあり、そのまま放置すれば死の
22 結果が発生する可能性が大きかったのであるが、
23 病室という外部から隔絶された密室においては、
24 Vの救命を行うことができるのは甲のみであった。

P.2

25 もっとも病院という医療施設にあっては医師
26 や看護師など医療の専門スタッフが常駐してい
27 るのであるが、甲は乙に嘘をついて病室内への
28 立入りを阻止し、これらスタッフによる救命可
29 能性をことさらに否定することに成功している。

30 以上からすれば、Vの死に至る危険性を支配
31 していたのは甲であり、かつ、そのような状態を
32 甲は故意に作出しているといえるから、甲には
33 条理上、Vを救護する義務が生じていたものとい
34 える。

35 (ウ) 上述のように、甲には法律上のみならず条理上
36 もVを救護する義務を負っていたとみることが
37 できるため、甲には作為義務があったといえる。

38 ウ ②作為可能性について

39 本件では、甲がVの生死を「運命に委ねる」こと
40 に決めて甲を放置した時点(事実6)では、いまだ
41 午後2時20分よりも前であったため、救命可
42 能性があった。かつ、病院内には乙など看護師他医療
43 スタッフが至近距離にいたのであり、Vの異変を
44 彼らに伝達して救命に努めることには何ら困難は
45 なかったといえる。

P.3

46 以上からすれば、作為可能性も肯定される。

47 エ ③同価値性について

48 甲が瀕死の病人であるVを、虚言を用いて医療
49

50 関係者の介入を排除するまでして、自己独りの管
51 理下に置いて死亡させた行為は、作為による殺人
52 行為と同視すべき悪質な行為と言うほかない。そ
53 こで同価値性も肯定される。

54 オ 以上より、甲が事実6において、Vの生死を医療
55 従事者の手ではなく運命に委ねることにして放置
56 したという不作為は、殺人罪の実行行為に該当す
57 る。

58 (2) 次に因果関係の存否が問題となる。不作為犯にお
59 いて、因果関係の有無は、期待された行為がなされた
60 ならば結果が発生しなかったであろうという関係が
61 認められる場合にのみ肯定される。

62 本件では、事実6の不作為の時点では、いまだVの
63 救命可能性があり、この時点で甲が救命活動を行っ
64 ていればVの死という結果は発生しなかったといえ
65 る。したがって、因果関係が肯定される。

66 3 主観的構成要件要素

67 (1) 甲に殺人罪の故意(38条1項)があるといえるか。
68 思うに、故意責任の本質は、構成要件の形で与えられ
69 た規範的障害を、敢えて乗り越えて犯罪を実現する
P.4 という、反規範的人格態度に対する道義的非難にあ
71 る。そうだとすると、故意が肯定されるためには、構
72 成要件の結果発生認識・認容があることが必要で
73 あると解される。

74 (2) 本件では、事実6の不作為よりも以前の段階では
75 故意はない。なぜなら甲はVが死ぬことで年金受給
76 額が減少することを嫌っていたのであるから、Vの
77 死につき認容までは欠くといえるからである。

78 しかしながら、本件の実行行為を形成する事実6
79 の不作為の時点では、故意があったといわざるを得
80 ない。たしかに、甲はVの生死を「運命に委ねた」だ
81 けであり、明確にVの死を認容していた訳ではなか
82 ったとも思われる。しかしながら、甲は、数年前にV
83 がアレルギー反応を起こしたときに得た知見から、
84 このまま放置すると手遅れになる可能性を認識して
85 いたのである。かつ、そのような認識がありながら、
86 ことさらに医療関係者の手による救命の可能性を排
87 除しているのである。このような状況に鑑みれば、
88 「運命に委ねる」とは、客観的に判断すれば、そのま
89 ま死なせるという意思決定にほかならないというべ
90 きである。したがって、甲にはVの死につき認識のみ
91 ならず認容もあったと認められる。

92 結局甲には殺人罪の故意もあったといえる。

P.5 4 以上より、甲には殺人既遂罪が成立する。

94 第2 乙の罪責

95 1 乙には業務上過失致死罪(211条1項)が成立しな
96 いか問題となる。

97 2 まず、業務者とは、社会生活上の地位に基づき反復継
98 続して行う業務であり、人の生命身体に危険を及ぼす
99 おそれのあるものを行う者をいう。乙は、看護師という
100 人の生命身体の安全に直接関わる業務に従事する者で
101 あるから、業務者にあたる。

102 (1) 次に、「必要な注意を怠った」といえるか。過失の
103 有無が問題となる。ここに過失とは、①予見可能性の

104 存在を前提とした②結果回避義務違反をいうと解す
105 る。

106 (2) そして、本件の乙には過失と評価しうる複数の行
107 為がある。このような場合には、結果と最も近接した
108 最終行為を過失として捉えるべきである。このよう
109 に解することが明確であり、過失犯の処罰範囲の無
110 制限な広がり防止できるからである。

111 本件では、事実5において乙が甲の虚言を信じて
112 Vの巡回を行わなかった行為を過失と捉えるべきで
113 ある。それ以降の2時30分の巡回を怠った行為な
114 どは、その時点ではすでに救命可能性があったとは
115 いえないのだから問題とすべきではないと考える。

P.6 (3) そして本件をみるに、①乙は、Vのような重病患者
117 に接した場合に家族等が気持ちの乱れなどから患者
118 の容態について正確でないことを述べることもある、
119 という事を知り得たはずであるから結果予見可能
120 性はある。そしてこれを前提として、②乙は甲の発言
121 内容が真実であるかどうかは、ドアを開けてVの容
122 態を現認しさえすれば確認できたはずであるのにこ
123 れを怠っており結果回避義務違反が認められる。

124 4 さらに、この時点で乙が巡回を断行し、Vの異変に気
125 づきさえすれば救命は可能であったのだから因果関係
126 もある。

127 5 以上より、乙には業務上過失致死罪が成立する。

128 第3 丙の罪責

129 1 丙には業務上過失致死罪(211条1項)が成立しな
130 いか問題となる。

131 2 まず、薬剤師である丙も看護師乙同様に業務者にあ
132 たる。そして、丙がE薬と間違えてD薬の安ぷるを乙
133 に渡した行為は、過失にあたる。上記の薬の違いは、ア
134 ンプルに貼付してあるラベルに明確に示されている以
135 上、これに気づかずに乙に渡した行為には、予見可能性
136 の存在を前提とした結果回避義務違反が認められると
137 いえるからである。

138 3 もっとも、丙の上記過失行為が行われてから、看護師
P.7 乙が本来行うべき確認を怠ったという過失、および、甲
140 の殺人行為が存在することから、死の結果との間には
141 因果関係がないとも思われる。

142 しかしながら、Vの死因はD薬を投与されたことによ
143 るショック死であり、この薬は他ならぬ丙が乙に渡
144 したものである。そうすると、Vの死は、丙の過失によ
145 る危険が現実化したものといえるから、やはり因果関
146 係を肯定すべきであると考ええる。

147 4 以上より、丙にも業務上過失致死罪が成立する。

148 以 上